كتاب الهداية في الفقه

مجلد ٢

وفي التزاكية اذا تزوج احدهم امراة يجتمعون بها ويوقفونها بين يدي الرجال والنسوان ويجعلون بينها وبين الجماعة سترا ويرسلون بينها وبين الجماعة رسولا ويستوهبون منها صداقها الذي قبل الدخول ومن استحيا منهم وهبت صداقها مثل هذه الصورة قبل قبض الصداق وقبل الزفاف بها هل ينعقد تلك الهبة ويصح حكمها او تنعقد في نصف صداقها من حيث لا تملك الكل الا بعد الدخول

الجواب انه يصح تلك الهبة والابراء عن جميع الصداق والله تعالى اعلم

من ودايع الدهر الى عبده الفقير اليه سبحانه وتعالى مصطفى بن احمد الكردي

١٥١٤

الاوقاف

١٥١٤

الامام العلامة • والبحر الفهامة • شيخ الاسلام والمسلمين • برهان الائمة والدين • استاذ الفقهاء • واستاذ الفضلاء • علي بن ابي بكر
بن عبد الجليل الفرغاني الرشداني المرغيناني • صاحب الهداية كان اماما فقيها حافظا محدثا مفسرا جامعا للعلوم ضابطا للفنون
متقنا محققا • نظارا مدققا • زاهدا ورعا • فاضلا ماهرا • اصوليا اديبا شاعرا لم تر العيون مثله في العلم والادب وله
اليد الباسطة في الخلاف والباع الممتد في المذهب • تفقه واخذ عن الائمة المشهورين • منهم [illegible]
مفتي الثقلين نجم الدين ابو حفص عمر النسفي • والصدر الشهيد [illegible] • ثم [illegible]
ابنه ابو الليث احمد بن عمر بن محمد النسفي • فاخذ عن ابي اليسر [illegible] عن ابي يعقوب [illegible]
عن ابي اسحق النوقدي • عن ابي جعفر الهندواني • عن ابي القاسم الصفار • عن نصير بن يحيى • عن محمد بن سماعة • عن ابي يوسف • ونجم الدين عن ابي [illegible]
عن اسمعيل [illegible] • عن [illegible] • عن ابي بكر الجوزجاني • عن ابي سليمان الجوزجاني • عن محمد • عن ابي حنيفة
والامام الصدر الشهيد حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازه • عن ابيه الصدر السعيد صاحب المحيط • تاج الدين [illegible]
عمر بن مازه • وهما عن الصدر الكبير برهان الائمة عبد العزيز بن عمر بن مازه • عن شمس الائمة السرخسي • عن شمس الائمة الحلواني
عن القاضي الامام ابي علي النسفي • عن شيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل • عن الاستاذ الامام عبد الله السبذموني • عن ابي عبد الله بن ابي حفص الصغير
عن ابيه ابي حفص الكبير • عن محمد • عن ابي حنيفة رحمه الله • واخذ ايضا عن ضياء الدين محمد بن الحسين البندنيجي تلميذ صاحب
علاء الدين السمرقندي • وعن ابي عمرو عثمان بن علي البيكندي تلميذ شمس الائمة السرخسي • وعن قوام الدين [illegible]
طاهر بن احمد [illegible] تلميذ ابيه [illegible] • وعن شيخ الامام علي بن محمد الاسبيجابي • وعن [illegible]
ابن الحسين وغيرهم • وفاق شيوخه • وقد حصل فروع • وكانت المسائل اختلط باصولها وفروعها [illegible] وكان
في البحث عديم النظير • [illegible] • اذا احضر في محفل كان هو المشار اليه بالبنان • والفضلاء [illegible]
وكانت الطلبة ترحل اليه [illegible] • [illegible] • [illegible] • كالشيخ الامام [illegible]
[illegible] • والصدر الكبير صاحب [illegible] محمود بن احمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازه • والشيخ الامام زين الدين [illegible]
العتابي • وصاحب الفتاوى والفوائد الظهيرية ظهير الدين محمد بن احمد بن عبد الرشيد البخاري • وغيرهم لا سيما تصنيف كتاب
الهداية • وكفاية المنتهى • ونشر المذاهب • وكتاب التجنيس والمزيد • ومناسك الحج • وكتاب مختارات مجموع
النوازل • وكتاب الفرائض • وكتاب المشيخة جمع فيها مشايخه • وتفقه عليه جم غفير • ومما انتفع به اكثرا
شمس الائمة الاستاذ • والمولود له محمد بن عبد الستار الكردري • وشيخ الاسلام جلال الدين محمود بن الحسين [illegible]
والد مجد الدين المفتي محمد بن محمود صاحب الفصول [illegible] • واخذ عنه اولاده الانجاب شيخ الاسلام جلال الدين
محمد • وشيخ الاسلام عماد الدين ابي بكر • وشيخ الاسلام نظام الدين عمر بن شيخ الاسلام • وشيخ الاسلام والد صاحب الفصول
العمادية عماد بن ابي بكر بن شيخ الاسلام علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الفرغاني الرشداني المرغيناني • **فرغانة** بفتح الفاء
ناحية وراء الشاش **والشاش** مدينة بما وراء النهر • واظنه الفركنه **فرغانة** ايضا قرية من قرى فارس
ومرغينان بفتح الميم مدينة من مشاهير بلاد فرغانة **والرشدان** بكسر الراء وسكون الشين
وفتح الدال المهملة وفي آخرها النون من بلاد فرغانة •
مات [illegible] سنة [illegible]
وخمسمائة •

اعلام الاخيار للفاضل محمود الكفوي

[illegible]

كتاب الهداية يهدي الهدى • الى حافظيه ويجلو العمى
فلازمه واحفظه يا ذا الحجى • فمن ناله نال اقصى المنى

لو كان الاجر خمسون درهما فاستوفى خلفا ستون درهما فاخذ منها العشرة لتردها فهلكت
في الطريق فانه يضمن خمسة اسداس العشرة لان هذا القدر قرض • والباقي وديعة [illegible]
وطريقه ان تضرب درهما في تلك العشرة ستة اقلاس [illegible] تضرب
العشرة في ستة فتصير ستين فيضمن الخمسين منها وهي خمسة اسداس الستين [illegible] العشرة
الباقية فكان المضمون منها بحساب الدرهم ثمانية دراهم وثلث درهم [illegible]
درهم وثلثا درهم • ووجهه ان تلك العشرة حق للدين في الحقيقة لكنها لم تتعين بعضها
لان يكون حق له شيوعها فاذا هلكت ينبغي ان توزع تلك العشرة على العشرة
الباقية فاصاب منها لكل عشرة سدس فيصير مقابله خمس عشرات خمسون فرضا
فيضمن والباقي امانة • زبده

للعلامة المحقق [illegible]

طريقة صاحب الهداية نقل السير الكبير للامام محمد • من طريقة شمس الائمة الزرنجري
حدثنا شمس الائمة ابو محمد عبد العزيز الحلواني • اخبرنا الشيخ الاستاذ
ابو علي حسين بن ابي محمد خضر النسفي • قال انبانا الخطيب ابو ابراهيم
اسحق بن محمد بن حمدان المهلبي • حنبن • انبانا ابو محمد عبد الله بن محمد بن يعقوب
الحارثي السبذموني • انبانا ابو محمد عبد الرحيم السمعاني قال اخبرنا اسمعيل
بن توبة القزويني • عن ابي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني مؤلف السير الكبير

من طبقات ابن [illegible]

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على سيدنا محمد وآله وأصحابه أجمعين وبعد فإن من دأب صاحب الهداية أنه إذا قال الحديث محمول على المعنى الفلاني يريد به أنه قد حمله على هذا المعنى أئمة الحديث وإذا قال نحمله على هذا المعنى يريد به أنا نحمله على هذا ولم يحمله أهل الحديث ومن دأبه أنه يقول لنا أيضا في الدليل العقلي ولنا ولكونها في الدليل الثابت بالكتاب ولنا ما روينا في الدليل الثابت بالسنة ولنا الأثر في الدليل الثابت بقول الصحابة وقد لا يفرق بين الأثر والخبر ويقول في الكل لنا ما روينا ولنا ما ذكرنا فيما هو أعم ومن دأبه أنه لا يذكر الفاء في جواب أما اعتمادا لظهور المعنى ومن دأبه أيضا أنه إذا أورد النظير المسئلة ثم أشار إلى النظير به بأسماء الإشارة التي تستعمل للبعد وإلى المسئلة بالتي للقرب ومن دأبه أيضا أنه يعبر عن الدليل الكلي بالفقه ويقول الفقه فيه كذا والفقه ما بينا ومن دأبه أيضا أنه إذا قال عن فلان يريد به الرواية عن كتب الفلان وإذا قال عند فلان يريد أنه مذهبه ومن دأبه أيضا أنه يرضى بجواب الآخر كأنه من كان وفي عادته أنه إذا ذكر خاصة ونصرفه لا يقول قلت احترازا عن الأنانية بل يقول قال العبد الضعيف عفى عنه الا أن بعض تلامذته بعد وفاته قدس سره العزيز غيره إلى قال رحمه الله ومن دأبه أنه يذكر أولا مسائل القدوري ثم يذكر مسائل الجامع الصغير في أواخر الأبواب ومن دأبه أيضا أنه إذا كان نوع مخالفة بين عبارة القدوري وعبارة الجامع الصغير ومن دأبه أنه يجيب السؤال المقدر ولا يصرح السؤال بقولهما فإن قيل كذا قلنا كذا نعم ذكر في المجلد الصغير في ثلاثة مواضع فإن قيل قلنا صريحا ومن دأبه أنه إذا ذكر لفظ الأصل في موضع يذكر فيه اسم الكتاب يريد به المبسوط للإمام محمد بن حسن الشيباني وإذا ذكر المبسوط يريد به مبسوط السرخسي ومن دأبه أيضا أنه إذا قال ذكر محمد لا يريد به مذهب محمد بل أراد ذلك إذا قال محمد ومن دأبه أيضا أنه قال رواية بالنصب يريد بها أن المذكور قبل هذا اللفظ قول واحد ورواية واحدة وليس فيه اختلاف الروايات ومن دأبه أن يحرر كلام الأئمة من المدعى والدليل ثم يحرر منع الإمام الأعظم ويبسط دليله ثم يخرج الجواب من أدلتهما فإذا كان تحريره في الغالب بهذه العبارة يفهم منه الميل إلى ما ادعى الإمام أن خاتم ولد عادات سنعرفها من يمارسها

تمت الرسالة

هداية

الحمد لله الذي اعلى معالم العلم واعلامه ● واظهر شعائر الشرع واحكامه ●
وبعث رسلا وانبياء صلوات الله عليهم الى سبيل الحق هادين ●
واخلفهم علماء الى سنن سننهم داعين ● يسلكون فيما لم يؤثر عنهم
مسلك الاجتهاد ● مسترشدين منه في ذلك وهو ولي الارشاد ●
وخص اوائل المستنبطين بالتوفيق ● حتى وضعوا مسائل من كل جلي
ودقيق ● غير ان الحوادث متعاقبة الوقوع ● والنوازل يضيق عنها
نطاق الموضوع ● واقتناص الشوارد ● بالاقتباس من الموارد ● والاعتبار
بالامثال من صنعة الرجال ● وبالوقوف على المآخذ ● يعض عليها بالنواجذ ●
وقد جرى علي الوعد في مبدأ بداية المبتدي ● ان اشرحها بتوفيق الله
شرحا ارسمه بكفاية المنتهي ● فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ ●
وحين اكاد اتكي عنه اتكاء الفراغ ● تبينت فيه نبذا من الاطناب ●
وخشيت ان يهجر لاجله الكتاب ● فصرفت العنان والعناية ● الى شرح
آخر موسوم بالهداية ● اجمع فيه بتوفيق الله تعالى بين عيون الرواية ● ومتون
الدراية ● تاركا للزوائد في كل باب ● معرضا عن هذا النوع من الاسهاب ●
مع ما انه يشتمل على اصول ● ينسحب عليها فصول ● واسال الله تعالى ان يوفقني
لاتمامها ● ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها ● حتى ان من سمت همته الى
مزيد الوقوف يرغب في الاطول والاكبر ● ومن اعجله الوقت عنه يقتصر
على الاقصر والاصغر ● وللناس فيما يعشقون مذاهب ● والفن خير كله ●
ثم سالني بعض اخواني ● ان املي عليهم المجموع الثاني ● فافتتحته مستعينا بالله
في تحرير ما اقاوله ● متضرعا اليه في التيسير لما احاوله ● انه الميسر لكل عسير ● وهو
على ما يشاء قدير ● وبالاجابة جدير

كتاب الطهارات

قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم الاية

الاية ففرض الطهارة غسل الاعضاء الثلثة ومسح الراس بهذا النص والغسل
هو الاسالة والمسح هو الاصابة وحد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن
والى شحمتي الاذنين لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها والمرفقان
والكعبان يدخلان في الغسل عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان الغاية
لا تدخل تحت المغيا كالليل في الصوم ولنا ان هذه الغاية لاسقاط ما وراءها
اذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفي باب الصوم لمد الحكم اليها اذ الاسم يطلق
على الامساك ساعة والكعب هو العظم الناتي هو الصحيح ومنه الكاعب **قوله**
والمفروض في مسح الراس مقدار الناصية وهو ربع الراس لما روى المغيرة بن شعبة
ان النبي عليه السلام اتى سباطة قوم فبال وتوضا ومسح على ناصيته وخفيه
والكتاب مجمل فالتحق بيانا به وهو حجة على الشافعي رحمه الله في التقدير بثلث
شعرات وعلى مالك في اشتراط الاستيعاب وفي بعض الروايات قدره بعض اصحابنا
بثلث اصابع لانها اكثر ما هو الاصل في آلة المسح **قوله** وسنن الطهارة
غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء اذا استيقظ المتوضي من نومه لقوله عليه السلام
اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمسن يده في الاناء حتى يغسلها ثلثا فانه لا
يدري اين باتت يده ولان اليد آلة التطهير فتسن البداية بتنظيفها وهذا
الغسل الى الرسغ لوقوع الكفاية به في التنظيف **قوله** وتسمية الله تعالى في ابتداء
الوضوء لقوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم والمراد به نفي الفضيلة والاصح انها
مستحبة وان سماها في الكتاب سنة ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح **قوله**
والسواك لانه عليه السلام كان يواظب عليه وعند فقده يعالج بالاصبع لانه عليه السلام
فعل كذلك والمضمضة والاستنشاق لانه عليه السلام فعلهما على المواظبة وكيفيته
ان يمضمض ثلثا ياخذ لكل مرة ماء جديدا ثم يستنشق كذلك هو المحكي من وضوئه
عليه السلام ومسح الاذنين وهو سنة بماء الراس عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
لقوله عليه السلام الاذنان من الراس والمراد بيان الحكم دون الخلقة وتخليل
اللحية لان النبي عليه السلام امره جبرئيل عليه السلام بذلك وقيل هو سنة عند
ابي يوسف جائز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان السنة اكمال الفرض في محله
وداخل اللحية ليس بمحل له **قال** وتخليل الاصابع لقوله عليه السلام خللوا اصابعكم قبل
ان تتخللها نار جهنم ولانه اكمال الفرض في محله وتكرار الغسل الى الثلث لان النبي

عليه السلام توضأ مرة مرة وقال هذا وضوء من لا يقبل الله الصلوة الا به وتوضأ
مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف الله له الاجر مرتين وتوضأ ثلثا ثلثا
وقال هذا وضوئي ووضوء الانبياء من قبلي فمن زاد على هذا او نقص فقد تعدى
وظلم والوعيد لعدم رؤيته سنة قال ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة
فالنية في الوضوء سنة عندنا وعند الشافعي رحمه الله فرض لانه عبادة فلا يصح
بدون النية كالتيمم ولنا انه لا يقع قربة الا بالنية ولكنه يقع مفتاحا للصلوة
لوقوعه طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم لان التراب غير مطهر الا في حال
ارادة الصلوة او هو ينبئ عن القصد قال ويستوعب راسه بالمسح وهو
سنة وقال الشافعي رحمه الله السنة التثليث بمياه مختلفة اعتبارا بالمغسول
ولنا ان انسا رضي الله عنه توضأ ثلثا ثلثا ومسح براسه مرة واحدة
وقال هذا وضوء رسول الله عليه السلام والذي يروى من التثليث محمول عليه
بماء واحد وهو مشروع على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله ولان المفروض
هو المسح وبالتكرار يصير غسلا فلا يكون مسنونا فصار كمسح الخف بخلاف
الغسل لانه لا يضره التكرار قال ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله تعالى
بذكره وبالميامن فالترتيب في الوضوء سنة وقال الشافعي رحمه الله فرض لقوله تعالى
فاغسلوا وجوهكم الآية والفاء للتعقيب ولنا ان المذكور فيها حرف الواو
وهي لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة فيقتضي اعقاب غسل جملة الاعضاء
والبداية بالميامن فضيلة لقوله عليه السلام ان الله تعالى يحب التيامن في كل
شيء حتى التنعل والترجل

فصل في بيان نواقض الوضوء

قال المعاني الناقضة للوضوء كل ما يخرج من السبيلين لقوله تعالى او جاء احد منكم
من الغائط وقيل لرسول الله عليه السلام وما الحدث قال ما يخرج من السبيلين
وكلمة ما عامة فتتناول المعتاد وغيره والدم والقيح اذا خرجا من البدن فتجاوزا
الى موضع يلحقه حكم التطهير والقيء ملاء الفم وقال الشافعي الخارج من غير
السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي انه عليه السلام قاء فلم يتوضأ ولان غسل
غير موضع الاصابة امر تعبدي فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد
ولنا قوله عليه السلام الوضوء من كل دم سائل وقوله عليه السلام من قاء او رعف
في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم ولان خروج

النجاسة مؤثر في زوال الطهارة وهذا القدر في الاصل معقول والاقتصار
على الاعضاء الاربعة غير معقول لكنه يتعدى ضرورة تعدي الاول غير ان الخروج
يتحقق بالسيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير وبملاء الفم في القيء لان بزوال
القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون بادية لا خارجة بخلاف السبيلين لان
ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة فيستدل بالظهور على الانتقال والخروج
وملاء الفم ان يكون بحال لا يمكن ضبطه الا بتكلف لانه يخرج ظاهرا فاعتبر
خارجا وقال زفر رحمه الله قليل القيء وكثيره سواء وكذا لا يشترط السيلان اعتبارا
بالمخرج المعتاد ولاطلاق قوله عليه السلام القلس حدث ولنا قوله عليه السلام
ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء الا ان يكون سائلا وقول علي رضـ
حين عد الاحداث جملة او دسعة تملاء الفم واذا تعارضت الاخبار يحمل
ما رواه الشافعي على القليل وما رواه زفر على الكثير والفرق بين المسلكين
قد مر ولو قاء متفرقا بحيث لو جمع يملاء الفم فعند ابي يوسف رحمه الله
يعتبر اتحاد المجلس وعند محمد اتحاد السبب وهو الغثيان ثم ما لا يكون حدثا
لا يكون نجسا يروى ذلك عن ابي يوسف رحمه الله وهو الصحيح لانه ليس بنجس
حكما حيث لم ينتقض به الطهارة وهذا اذا قاء مرة او ماء او طعاما فان قاء
بلغما فغير ناقض عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف ناقض اذا
كان ملاء الفم والخلاف في المرتقي من الجوف اما النازل من الراس فغير ناقض بالاتفاق
لان الراس ليس بموضع النجاسة لابي يوسف رحمه الله انه نجس بالمجاورة ولهما انه
لزج لا تتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض ولو قاء دما
وهو علق يعتبر فيه ملاء الفم لانه سوداء محترقة وان كان مائعا فكذلك عند محمد
اعتبارا بسائر انواعه وعندهما ان سال بقوة نفسه ينقض الوضوء وان كان
قليلا لان المعدة ليست بمحل الدم فيكون من قرحة في الجوف ولو نزل من الراس
الى ما لان من الانف نقض بالاتفاق لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج
والنوم مضطجعا او متكئا او مستندا الى شيء لو ازيل لسقط لان الاضطجاع
سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء عادة والثابت عادة كالمتيقن
به والاتكاء يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الارض ويبلغ الاسترخاء
غايته بهذا النوع من الاستناد غير ان السند يمنعه من السقوط بخلاف حالة

القيام والقعود والركوع والسجود في الصلوة وغيرها لان بعض الاستمساك
باق اذ لو زال لسقط فلا يتم الاسترخاء والاصل فيه قوله عليه السلام لا وضوء
على من نام قائما او راكعا او ساجدا انما الوضوء على من نام مضطجعا فانه اذا
نام مضطجعا استرخت مفاصله والغلبة على العقل بالاغماء والجنون لانه فوق
النوم مضطجعا في الاسترخاء والاغماء حدث في الاحوال كلها وهو القياس
في النوم الا انا عرفناه بالاثر والاغماء فوقه فلا يقاس عليه والقهقهة في كل صلوة
ذات ركوع وسجود والقياس انها لا تنقض وهو قول الشافعي رحمه الله لانه ليس
بخارج نجس ولهذا لم يكن حدثا في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة وخارج
الصلوة ولنا قوله عليه السلام الا من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلوة
وبمثله يترك القياس والاثر ورد في صلوة مطلقة فيقتصر عليها والقهقهة ما يكون
مسموعا له ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو على ما قيل
يفسد الصلوة دون الوضوء والدابة تخرج من الدبر ناقضة للوضوء فان
خرجت من رأس الجرح او سقط اللحم لا ينقض والمراد بالدابة الدودة وهذا
لان النجس ما عليها وذلك قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فاشبه
الجشاء والفساء بخلاف الريح الخارجة من القبل والذكر لانها لا تنبعث عن محل
النجاسة حتى لو كانت مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر
فان قشرت نفطة وخرج منها ماء او صديد او غيره ان سال عن رأس الجرح
نقض وان لم يسل لا ينقض وقال زفر رحمه الله ينقض في الوجهين وقال الشافعي
لا ينقض في الوجهين وهي مسئلة الخارج من غير السبيلين وهذه الجملة نجسة
لان الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير صديدا ثم يصير ماء هذا
اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض لانه مخرج
وليس بخارج

فصل في الغسل

وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق
وغسل ساير البدن وعند الشافعي هما سنتان فيه لقوله عليه السلام عشر من الفطرة
اي من السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانا سنتين في الوضوء ولنا
قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا امر باطهار جميع البدن الا ان ما يتعذر
ايصال الماء اليه خارج بخلاف الوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه والمواجهة
فيهما منعدمة والمراد بما روي حالة الحدث بدليل قوله عليه السلام انهما فرضان

فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء وسنته ان يبدأ المغتسل فيغسل يديه
وفرجه ويزيل النجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضأ وضوءه للصلوة الا رجليه
ثم يفيض الماء على رأسه وساير جسده ثلثا ثم يتنحى عن ذلك المكان فيغسل رجليه
هكذا حكت ميمونة رضي الله عنها اغتسال رسول الله عليه السلام وانما يؤخر غسل
رجليه لانهما في مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح لا يؤخر
وانما يبدأ بازالة النجاسة الحقيقية كيلا تزداد باصابة الماء وليس على المرأة ان
تنقض ضفائرها في الغسل اذا بلغ الماء اصول الشعر لقوله عليه السلام لام سلمة
رضي الله عنها يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك وليس عليها بل ذوائبها هو
الصحيح بخلاف اللحية لانه لا حرج في ايصال الماء الى اثنائها **قال** رحمه الله
والمعاني الموجبة للغسل انزال المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمرأة
حالة النوم واليقظة وعند الشافعي رحمه الله خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل
لقوله عليه السلام الماء من الماء اي الغسل من المني ولنا ان الامر بالتطهير يتناول
الجنب والجنابة في اللغة خروج المني على وجه الشهوة يقال اجنب الرجل اذا قضى
شهوته من المرأة والحديث محمول على الخروج عن شهوة ثم المعتبر عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند ابي يوسف ظهوره
اعتبارا للخروج بالمزايلة اذ الغسل يتعلق بهما ولهما انه متى وجب من وجه
فالاحتياط في الايجاب والتقاء الختانين من غير انزال لقوله عليه السلام اذا التقى
الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل عليهما انزل او لم ينزل ولانه سبب الانزال
ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه وكذلك الايلاج في
الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة وما دون
الفرج لان السببية ناقصة والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد وكذا
النفاس بالاجماع وسن رسول الله عليه السلام الغسل للجمعة والعيدين وعرفة
والاحرام نص على السنية وقيل هذه الاربعة مستحبة وسمى محمد الغسل في يوم
الجمعة حسنا في الاصل وقال مالك رحمه الله هو واجب لقوله عليه السلام من اتى
الجمعة فليغتسل ولنا قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن
اغتسل فهو افضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب او على النسخ ثم هذا الغسل
للصلوة عند ابي يوسف رحمه الله هو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت

واختصاص الطهارة بها وفي العيدين بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع
فيستحب الاغتسال دفعا للتاذي بالرائحة واما في عرفة والاحرام فسنبينه
ان شاء الله تعالى في المناسك وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء
لقوله عليه السلام كل فحل يمذي وفيه الوضوء والودي الغليظ من البول يتعقب
الرقيق منه خروجا فيكون معتبرا به والمني خاثر ابيض ينكسر منه الذكر
والمذي رقيق يضرب الى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل اهله والتفسير
ماثور عن عائشة رضي الله عنها **باب الماء الذي يجوز به الوضوء وما
لا يجوز** الطهارة من الاحداث جائزة بماء السماء والاودية والعيون
والابار والبحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عليه السلام
الماء طهور لا ينجسه شيء الا ما غير طعمه او لونه او ريحه ومطلق الاسم ينطلق
على هذه المياه ولا يجوز بماء اعتصر من شجر او ثمر لانه ليس بماء مطلق والحكم
عند فقده منقول الى التيمم والوظيفة في هذه الاعضاء تعبدية فلا تتعدى
الى غير المنصوص عليه اما الماء الذي يقطر من الكرم يجوز التوضي به لانه ماء
خرج من غير علاج ذكره في جوامع ابي يوسف وفي الكتاب اشارة اليه حيث شرط
الاعتصار ولا يجوز بماء غلب عليه غيره فاخرجه عن طبع الماء كالاشربة والخل
وماء الباقلا والمرق وماء الزردج لانه لا يسمى ماء مطلقا والمراد بماء الباقلا
ما تغير بالطبخ وان تغير بدون الطبخ يجوز التوضي به ويجوز التوضي بماء خالطه
شيء طاهر فغير احد اوصافه كماء المد والماء الذي يختلط به الزعفران او الصابون
او الاشنان **قال** رضي الله عنه اجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق
والمروي عن ابي يوسف رحمه الله انه بمنزلة ماء الزعفران وهو الصحيح كذا
اختاره الناطفي والامام السرخسي وقال الشافعي لا يجوز التوضي بماء الزعفران
واشباهه مما ليس من جنس الارض لانه ماء مقيد الا ترى انه يقال ماء الزعفران
بخلاف اجزاء الارض لان الماء لا يخلو عنها عادة ولنا ان اسم الماء باق
على الاطلاق الا ترى انه لم يتجدد له اسم على حدة واضافته الى الزعفران كاضافته
الى البئر والعين ولان الخلط القليل لا معتبر به لعدم امكان الاحتراز عنه
كما في اجزاء الارض فيعتبر الغالب والغلبة بالاجزاء لا بتغير اللون هو الصحيح
وان تغير بالطبخ بعد ما خلط به غيره لا يجوز التوضي به لانه لم يبق في معنى المنزل

من السماء الا اذا طبخ فيه ما يقصد به المبالغة في التنظيف كالاشنان ونحوه
الا ان يغلب ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه وكل ماء
وقعت فيه النجاسة لم يجز الوضوء به قليلا كانت النجاسة او كثيرا وقال مالك رحمه الله
يجوز ما لم يتغير احد اوصافه لما روينا وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان الماء
قلتين لقوله عليه السلام اذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا ولنا حديث المستيقظ
من منامه وقوله عليه السلام لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة
من غير فصل والذي رواه مالك ورد في بئر بضاعة وماؤها كان جاريا في البساتين
وما رواه الشافعي رحمه الله ضعفه ابو داود وهو يضعف عن احتمال النجاسة
والماء الجاري اذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء منه اذا لم ير لها اثر لانها لا تستقر
مع جريان الماء والاثر هو الطعم او الرائحة او اللون والماء الجاري ما لا يتكرر
استعماله وقيل ما يذهب بتبنة والغدير العظيم الذي لا يتحرك احد طرفيه
بتحريك الطرف الاخر اذا وقعت نجاسة في احد جانبيه جاز الوضوء من الجانب
الاخر لان الظاهر ان النجاسة لا تصل اليه اذ اثر التحريك في السراية فوق اثر
النجاسة ثم عن ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو قول ابي يوسف
وعنه التحريك باليد وعن محمد رحمه الله بالتوضي وجه الاول ان الحاجة اليه
في الحياض اشد منها الى التوضي وبعضهم قدروا بالمساحة عشرا في عشر بذراع
الكرباس توسعة للامر على الناس وعليه الفتوى والمعتبر في العمق ان يكون
بحال لا ينحسر بالاغتراف هو الصحيح وقوله في الكتاب جاز الوضوء من جانب
آخر اشارة الى انه ينجس موضع الوقوع وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا ينجس الا
بظهور النجاسة فيه كالماء الجاري **قال** وموت ما ليس له نفس سائلة في الماء
لا ينجسه كالبق والذباب والزنابير والعقارب ونحوها وقال الشافعي رحمه الله
ينجسه لان التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة بخلاف دود الخل وسوس الثمار
لان فيه ضرورة ولنا قوله عليه السلام فيه هذا هو الحلال اكله وشربه والوضوء
منه ولان المنجس اختلاط الدم المسفوح باجزائه عند الموت حتى حل المذكى
لانعدام الدم فيه ولا دم فيها والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة كالطين
وموت ما يعيش في الماء فيه كالسمك والضفدع والسرطان لا ينجسه وقال
الشافعي رحمه الله يفسده الا السمك لما مر ولنا انه مات في معدنه فلا يعطى

لحكم النجاسة كبقيته حال لحمها ذبا ولانه لادم فيها اذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الاصح والضفدع البحري والبري سواء وقيل البري مفسد لوجود الدم وعدم المعدن وما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء ومائي المعاش دون مائي المولد مفسد **قال** الماء المستعمل لا يجوز استعماله في طهارة الاحداث خلافا لمالك والشافعي رح هما يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع وقال زفر رح وهو احد قولي الشافعي رح ان كان المستعمل متوضئا فهو طهور وان كان محدثا فهو طاهر غير طهور لان العضو طاهر حقيقة وباعتباره يكون الماء طاهرا لكنه نجس حكما وباعتباره يكون الماء نجسا فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملا بالشبهين وقال محمد رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله هو طاهر غير طهور لان ملاقاة الطاهر الطاهر لا توجب التنجس الا انه اقيمت به قربة فتغيرت به صفته كمال الصدقة وقال ابو حنيفة وابو يوسف رح هو نجس لقوله عليه السلام لا يبولن احدكم في الماء الدائم الحديث ولانه ماء ازيلت به النجاسة الحكمية فيعتبر بما ازيلت به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن عن ابي حنيفة رح نجاسته غليظة اعتبارا بالمستعمل في الحقيقية وفي رواية ابي يوسف عنه وهو قوله خفيفة لمكان الاختلاف والماء المستعمل هو ما ازيل به حدث او استعمل في البدن على وجه القربة **قال** رضي الله عنه وهذا عند ابي يوسف رح وقيل هو قول ابي حنيفة رح ايضا وقال محمد لا يصير مستعملا الا باقامة القربة لان الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام اليه وانها تزال بالقرب وابو يوسف يقول اسقاط الفرض مؤثر ايضا فيثبت الفساد بالامرين ومتى يصير مستعملا الصحيح انه كما زال عن العضو صار مستعملا لان سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده والجنب اذا انغمس في البئر لطلب الدلو فعند ابي يوسف رح الرجل بحاله لعدم الصب وهو شرط عنده لاسقاط الفرض والماء بحاله لعدم الامرين وعند محمد كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط الصب والماء لعدم نية التقرب فيه وعند ابي حنيفة رح كلاهما نجسان الماء لاسقاط الفرض عن العضو باول الملاقاة والرجل

لبقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل وعنه ان الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه **قوله** وكل اهاب دبغ فقد طهر جازت الصلوة فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والآدمي لقوله عليه السلام ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على مالك رح في جلد الميتة ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة باهاب لانه اسم لغير المدبوغ وهو حجة على الشافعي في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين الا ترى انه ينتفع به حراسة واصطيادا بخلاف الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس منصرف اليه لقربه وحرمة الانتفاع باجزاء الآدمي لكرامته فخرجا عما رويناه ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا او تتريبا لان المقصود يحصل به فلا معنى لاشتراط غيره وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكوة لانه تعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة وكذلك يطهر لحمه وان لم يكن ماكولا وشعر الميتة وعظمها طاهران وقال الشافعي رح نجس لانه من اجزاء الميتة ولنا انه لا حيوة فيهما ولهذا لا يتألم بقطعهما فلا يحلهما الموت اذ الموت زوال الحيوة وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعي رح نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه ولنا ان عدم الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته

فصل في البئر

واذا وقعت في البئر نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها باجماع السلف ومسائل البئر مبنية على اتباع الآثار دون القياس فان وقعت فيها بعرة او بعرتان من بعر الابل والغنم لم تفسد الماء استحسانا والقياس ان تفسده لوقوع النجاسة في الماء القليل وجه الاستحسان ان آبار الفلوات ليست لها رؤس حاجزة والمواشي تبعر حولها وتلقيها الريح فيها فجعل القليل عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن ابي حنيفة رح وعليه الاعتماد ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والخثي والبعر لان الضرورة تشمل الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين قالوا ترمى البعرة ويشرب اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن ابي حنيفة رح انه كالبئر في حق البعرة والبعرتين فان وقع فيها خرء

الحمام او العصفور لا يفسده خلافا للشافعي رح له انه استحال الى نتن وفساد
فاشبه خرء الدجاج ولنا اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد
مع ورود الامر بتطهيرها واستحالته لا الى نتن وفساد فاشبه الحماة فان بالت
فيها شاة نزح الماء كله عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا ينزح
الا اذا غلب على الماء فيخرج من ان يكون طهورا واصله ان بول ما يؤكل لحمه طاهر
عنده نجس عندهما له انه عليه السلام امر العرنيين بشرب ابوال الابل والبانها
ولهما قوله عليه السلام استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه ولانه يستحيل
الى نتن وفساد فصار كبول ما لا يؤكل لحمه وتاويل ما روي انه عليه السلام عرف شفاءهم
فيه وحيا ثم عند ابي حنيفة رح لا يحل شربه للتداوي لانه لا يتيقن بالشفاء فيه
فلا يعرض عن الحرمة وعند ابي يوسف رح يحل للقصة وعند محمد رحمه الله يحل
للتداوي وغيره لطهارته عنده وان ماتت فيها فارة او عصفورة او
صعوة او سودانية او سام ابرص نزح منها عشرون دلوا الى ثلثين
بحسب كبر الدلو وصغرها يعني بعد اخراج الفارة لحديث انس رضي الله عنه
انه قال في الفارة ماتت في البئر واخرجت من ساعتها ينزح منها
عشرون دلوا والعصفورة ونحوها تعادل الفارة في الجثة فاخذت حكمها
والعشرون بطريق الايجاب والثلثون بطريق الاستحباب فان ماتت فيها
حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها ما بين اربعين دلوا الى ستين وفي
الجامع الصغير اربعون او خمسون وهو الاظهر لما روي عن ابي سعيد الخدري
رضي الله عنه انه قال في الدجاجة اذا ماتت في البئر ينزح منها اربعون دلوا وهذا
لبيان الايجاب والخمسون بطريق الاستحباب وان ماتت فيها شاة او آدمي
او كلب نزح جميع ما فيها لان ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهما افتيا
بنزح الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم ثم المعتبر في كل بئر دلوها الذي
يستقى به منها وقيل دلو يسع فيه صاع ولو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين
دلوا جاز لحصول المقصود وان انتفخ الحيوان او تفسخ نزح جميع ما فيها صغر
الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء وان كانت البئر معينا لا يمكن
نزحها اخرجوا مقدار ما كان فيها وطريق معرفته ان تحفر حفيرة مثل
موضع الماء من البئر ويصب فيها ما ينزح منها الى ان تمتلئ او ترسل فيها

فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها مثلا عشر دلاء ثم تعاد القصبة
فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منها عشر دلاء وهذان محكيان عن ابي يوسف
وعن محمد رح مائتا دلو الى ثلثمائة دلو فكانه بنى جوابه على ما شاهد في بلده وعن
ابي حنيفة رح في الجامع الصغير في مثله انه ينزح حتى يغلبهم الماء ولم يقدر الغلبة
بشيء كما هو دابه في مثله وقيل يؤخذ بقول رجلين لهما بصارة في امر الماء
وهذا اشبه بالفقه وان وجدوا في البئر فارة او غيرها لا يدري متى وقعت
ولم تنتفخ اعادوا صلوة يوم وليلة اذا كانوا توضؤوا منها وغسلوا كل شيء
اصابه ماؤها وان كانت انتفخت او تفسخت اعادوا صلوة ثلثة ايام ولياليها
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس عليهم اعادة شيء حتى يتحققوا متى وقعت
لان اليقين لا يزول بالشك وصار كمن راى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته
ولابي حنيفة رح ان للموت سببا ظاهرا وهو الوقوع فيه فيحال به عليه الا ان
الانتفاخ دليل التقادم فيقدر بالثلث وعدم الانتفاخ والتفسخ دليل
قرب العهد فقدرنا بيوم وليلة لان ما دون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها
واما مسئلة النجاسة فقد قال المعلى هي على الخلاف فيقدر في البالي بالثلث
وبيوم وليلة في الطري ولو سلم فالثوب بمرأى عينه والبئر غائبة عن بصره
فيفترقان

فصل في الاسآر وغيرها

وعرق كل شيء معتبر بسؤره لانهما
يتولدان من لحمه فاخذ احدهما حكم صاحبه وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه طاهر لان
المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض
والكافر وسؤر الكلب نجس ويغسل الاناء من ولوغه ثلثا لقوله عليه السلام
يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلثا ولسانه يلاقي الماء دون الاناء فلما تنجس
الاناء فالماء اولى وهذا الحديث يفيد النجاسة والعدد في الغسل وهو حجة
على الشافعي في اشتراط السبع ولان ما يصيبه بوله يطهر بالثلث فما يصيبه
سؤره وهو دونه اولى والامر الوارد في السبع محمول على الابتداء وسؤر الخنزير
نجس لانه نجس العين على ما مر وسؤر سباع البهائم نجس خلافا للشافعي رح
فيما سوى الكلب والخنزير لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في
الباب وسؤر الهرة طاهر مكروه وعن ابي يوسف رحمه الله انه غير مكروه لان
النبي عليه السلام كان يصغي لها الاناء فتشرب منه ثم يتوضا به ولهما قوله عم

الهرة سبع والمراد بيان الحكم الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قيل كراهته لحرمة اللحم وقيل لعدم تحاميها النجاسة وهذا يشير الى التنزيه والاول الى القرب من التحريم ولو اكلت الفارة ثم شربت على فوره الماء تنجس الا اذا مكثت ساعة لغسلها فمها بلعابها والاستثناء على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ويسقط اعتبار الصب للضرورة وسور الدجاجة المخلاة مكروه لانها تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدميها لا يكره لوقوع الامن عن المخالطة وكذا سور سباع الطير لانها تاكل الميتات فاشبه المخلاة وعن ابي يوسف رحمه الله انها اذا كانت محبوسة يعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية وسور ما يسكن في البيوت كالحية والفارة مكروه لان حرمة اللحم اوجبت نجاسة السور الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة والتنبيه على العلة في الهرة وسور الحمار والبغل مشكوك فيه وقيل الشك في طهارته لانه لو كان طاهرا لكان طهورا ما لم يغلب اللعاب على الماء وقيل الشك في طهوريته لانه لو وجد الماء لا يجب عليه غسل راسه وكذا لبنه طاهر وعرقه لا يمنع جواز الصلوة وان فحش وكذا سوره وهو الاصح ويروى نص محمد على طهارته وسبب الشك تعارض الادلة في اباحته وحرمته او اختلاف الصحابة رضي الله عنهم في نجاسته وطهارته وعن ابي حنيفة رحمه الله نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته فان لم يجد غيرهما يتوضأ بهما ويتيمم ويجوز ايهما قدم وقال زفر رحمه الله لا يجوز الا ان يقدم الوضوء لانه ماء واجب الاستعمال فاشبه الماء المطلق ولنا ان المطهر احدهما فيفيد الجمع دون الترتيب وسور الفرس طاهر عندهما لان لحمه ماكول وكذا عنده في الصحيح لان الكراهة لاظهار شرفه فان لم يجد الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة يتوضأ به ولا يتيمم لحديث ليلة الجن فان النبي عليه السلام توضأ به حين لم يجد الماء وقال ابو يوسف رحمه الله يتيمم ولا يتوضأ به وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وبه قال الشافعي رحمه الله عملا باية التيمم لانها اقوى او هو منسوخ بها لانها مدنية وليلة الجن كانت مكية وقال محمد رحمه الله يتوضأ

به ويتيمم لان في الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور عملت به الصحابة رضي الله عنهم وبمثله يزاد على الكتاب واما الاغتسال به فقد قيل يجوز عنده اعتبارا بالوضوء وقد قيل لا يجوز لانه فوقه والنبيذ المختلف فيه ان يكون حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء وما اشتد منه صار حراما لا يجوز الوضوء به فان غيرته النار فما دام حلوا فهو على هذا الخلاف وان اشتد فعند ابي حنيفة رحمه الله يجوز التوضي به لانه يحل شربه وعند محمد رحمه الله لا يتوضأ به لحرمة شربه عنده ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة جريا على قضية القياس

باب التيمم

ومن لم يجد الماء وهو مسافر او خارج المصر وبينه وبين المصر نحو ميل او اكثر يتيمم بالصعيد لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا ولقوله عليه السلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والميل هو المختار في المقدار لانه يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة والمعتبر المسافة دون خوف فوت الوقت لان التفريط يأتي من قبله ولو كان يجد الماء الا انه مريض فخاف ان استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فههنا اولى ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك او بالاستعمال واعتبر الشافعي خوف التلف وهو مردود بظاهر النص ولو خاف الجنب ان اغتسل ان يقتله البرد او يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا اذا كان خارج المصر لما بينا ولو كان في المصر فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما هما يقولان ان تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا يعتبر وله ان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره والتيمم ضربتان يمسح باحديهما وجهه وبالاخرى يديه الى مرفقيه لقوله عليه السلام التيمم ضربتان ضربة للوجه وضربة لليدين الى المرفقين وينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب كي لا يصير مثلة ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والحدث والجنابة فيه سواء وكذا الحيض والنفاس لما روي ان قوما جاؤا الى النبي عليه السلام وقالوا انا قوم نسكن الرمال ولا نجد الماء شهرا او شهرين وفينا الجنب

والحائض والنفساء فقال عليه السلام عليكم بارضكم ويجوز التيمم عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله بكل ما كان من جنس الارض كالتراب والحجر والرمل
والنورة والكحل والجص والزرنيخ وقال ابو يوسف رح لا يجوز الا بالتراب
والرمل وقال الشافعي رح لا يجوز الا بالتراب وهو رواية عن ابي يوسف رح
لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا قاله ابن عباس رضي الله عنه
غير ان ابا يوسف رح زاد عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ولهما ان الصعيد
اسم لوجه الارض سمي به لصعوده والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لانه اليق
بموضع الطهارة او هو مراد بالاجماع ثم لا يشترط ان يكون عليه غبار عند
ابي حنيفة رح لاطلاق ما تلونا وكذا يجوز بالغبار مع القدرة على الصعيد
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه تراب رقيق والنية فرض في التيمم وقال
زفر رح ليست بفرض لانه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا انه
ينبئ عن القصد فلا يتحقق دونه او جعل طهورا في حالة مخصوصة والماء
طهور بنفسه على ما مر ثم اذا نوى الطهارة او استباحة الصلوة اجزاه
ولا يشترط نية التيمم للحدث او الجنابة هو الصحيح من المذهب فان
تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما عند ابي حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة بخلاف التيمم لدخول
المسجد ومس المصحف لانه ليس بقربة مقصودة ولهما ان التراب ما جعل
طهورا الا في حالة ارادة قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والاسلام
قربة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة لا تصح بدون
الطهارة وان توضأ لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضئ عندنا خلافا
للشافعي رح بناء على اشتراط النية فان تيمم المسلم ثم ارتد والعياذ بالله
ثم اسلم فهو على تيممه وقال زفر رح بطل تيممه لان الكفر ينافيه فيستوي فيه
الابتداء والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا ان الباقي بعد التيمم صفة كونه
طاهرا فاعتراض الكفر لا ينافيه كما لو اعترض على الوضوء وانما لا يصح
من الكافر ابتداء لانعدام النية منه وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء
لانه خلف عنه فاخذ حكمه وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على استعمال الماء
لان القدرة هي المرادة بالوجود الذي هو غاية لطهورية التراب وخائف

وخائف العدو والسبع والعطش عاجز حكما والنائم عند ابي حنيفة رح
قادر تقديرا حتى لو مر النائم المتيمم على الماء بطل تيممه عنده والمراد ماء يكفي
للوضوء لانه لا معتبر بما دونه ابتداء فكذا انتهاء ولا يتيمم الا بصعيد طاهر
لان الطيب اريد به الطاهر ولانه آلة التطهير فلا بد من طهارته في نفسه
كالماء ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه ان يؤخر الصلوة الى آخر الوقت
فان وجد الماء توضأ والا تيمم وصلى ليقع الاداء باكمل الطهارتين
وصار كالطامع في الجماعة وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله في غير رواية
الاصول ان التأخير حتم لان غالب الرأي كالمتحقق وجه الظاهر ان العجز
ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله ويصلي بتيممه ما شاء من الفرائض
والنوافل وعند الشافعي رح يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية ولنا
انه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه ويتيمم الصحيح في المصر
اذا حضرت جنازة والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته
الصلوة لانها لا تقضى فيتحقق العجز وكذا من حضر العيد فخاف
ان اشتغل بالطهارة ان يفوته العيد يتيمم لانها لا تعاد وقوله والولي غيره
اشارة الى انه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وهو
الصحيح لان للولي حق الاعادة فلا فوات في حقه وان احدث الامام
او المقتدي في صلوة العيد تيمم وبنى عند ابي حنيفة رح وقالا لا يتيمم لان
اللاحق يصلي بعد فراغ الامام فلا يخاف الفوت وله ان الخوف باق لانه
يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلوته والخلاف فيما اذا شرع بالوضوء
ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لانا لو اوجبنا الوضوء يكون واجدا للماء
في صلوته فيفسد ولا يتيمم للجمعة وان خاف الفوت لو توضأ فان ادرك
الجمعة صلاها والا صلى الظهر لانها تفوت الى خلف وهو الظهر بخلاف العيد
وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضي ما فاته
لان الفوات الى خلف وهو القضاء والمسافر اذا نسي الماء في رحله فتيمم
وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح
يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه او وضعه غيره بامره وذكره في الوقت
وبعده سواء له انه واجد للماء فصار كما اذا كان في رحله ثوب نسيه ولان

رحل المسافر معدن للماء عادة فيفترض الطلب ولهما انه لا قدرة بدون
العلم فهو المراد بالوجود وماء الرحل معد للشرب لا للاستعمال ومسألة الثوب
على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا الى خلف والطهارة
الى خلف وهو التيمم وليس على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على ظنه ان بقربه ماء
لان الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا للماء
وان غلب على ظنه ان هناك ماء لم يجز له ان يتيمم حتى يطلبه لانه واجد للماء نظرا
الى الدليل ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع عن رفقته وان
كان مع رفيقه ماء طلب منه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا فان منعه منه تيمم
لتحقق العجز ولو تيمم قبل الطلب اجزأه عند ابي حنيفة رح لانه لا يلزمه الطلب
من ملك الغير وقالا لا يجزيه لان الماء مبذول عادة ولو ابى ان يعطيه الا
بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن
الفاحش لان الضرر مسقط

باب المسح على الخفين

المسح على الخفين جائز
بالسنة والاخبار فيه مستفيضة حتى قيل ان من لم يره كان مبتدعا لكن من
رآه ثم لم يمسح آخذا بالعزيمة كان مأجورا ويجوز من كل حدث موجب للوضوء
اذا لبسهما على طهارة كاملة ثم احدث خص بحدث موجب للوضوء لانه لا
مسح من الجنابة على ما نبين ان شاء الله تعالى وبحدث متأخر لان الخف
عهد مانعا ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست ثم خرج الوقت
والمتيمم اذا لبس ثم رأى الماء كان رافعا وقوله اذا لبسهما على طهارة كاملة
لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا
حتى لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم اكمل الطهارة ثم احدث يجزيه المسح وهذا لان
الخف مانع حلول الحدث بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت
ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا ويجوز للمقيم ان يمسح يوما وليلة وللمسافر
ثلثة ايام ولياليها لقوله عليه السلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام
ولياليها **قال** وابتداؤها عقيب الحدث لان الخف مانع سراية الحدث فتعتبر
المدة من وقت المنع والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع يبدأ من قبل
الاصابع الى الساق لحديث المغيرة ان النبي عليه السلام وضع يديه على خفيه ومدهما
من الاصابع الى اعلاهما مسحة واحدة وكأني انظر الى اثر المسح على خف رسول الله

صلى الله عليه وسلم خطوطا بالاصابع ثم المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن
الخف وعقبه وساقه لانه معدول به عن القياس فيراعى جميع ما ورد به الشرع والبداية
من الاصابع استحباب اعتبارا بالاصل وهو الغسل وفرض ذلك مقدار ثلث اصابع
من اصابع اليد وقال الكرخي رح من اصابع الرجل والاول اصح اعتبارا لآلة المسح
ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كثير يتبين منه مقدار ثلث اصابع من اصابع الرجل
وان كان اقل من ذلك جاز وقال زفر والشافعي لا يجوز وان قل لانه لما وجب
غسل البادي يجب غسل الباقي ولنا ان الخفاف لا تخلو عن الخرق القليل عادة
فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو عن الكثير فلا حرج والكثير ان ينكشف منه قدر
ثلث اصابع من اصابع الرجل اصغرها هو الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع
والثلث اكثرها فيقام مقام الكل واعتبار الاصغر للاحتياط ولا معتبر بدخول
الانامل اذا كان لا ينفرج عند المشي ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة
فيجمع الخرق في خف واحد ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع
السفر بالآخر بخلاف النجاسة المتفرقة لانه حامل للكل وانكشاف العورة نظير
النجاسة ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل لحديث صفوان بن عسال **قال**
كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلثة
ايام ولياليها الا عن جنابة ولكن من بول او غائط او نوم ولان الجنابة لا تتكرر عادة
فلا حرج في النزع بخلاف الحدث لانه يتكرر وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء
لانه بعض الوضوء وينقضه ايضا نزع الخف لسراية الحدث الى القدم حيث زال
المانع وكذا نزع احدهما لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وكذا
مضي المدة لما روينا واذا تمت المدة نزع خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه
اعادة بقية الوضوء وكذا اذا نزع قبل المدة لان عند النزع يسري الحدث
السابق الى القدمين كانه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت بخروج القدم الى
الساق لانه لا معتبر به في حق المسح وكذا باكثر القدم هو الصحيح ومن ابتدأ
المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح تمام ثلثة ايام ولياليها
عملا باطلاق الحديث ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه آخره بخلاف ما اذا
استكمل المدة ثم سافر لان الحدث قد سرى الى القدم والخف ليس برافع وان
اقام وهو مسافر ان استكمل مدة الاقامة نزع لان رخصة السفر لا تبقى

بدونه وان لم يستكمل اتمها لان هذه مدة الاقامة وهو مقيم ومن لبس الجرموق
فوق الخف مسح عليه خلافا للشافعي رح فانه يقول البدل لا يكون له بدل ولنا ما روى
انه عم مسح على الجرموقين فوق الخف ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا فصار
كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما اذا لبس الجرموق
بعد ما احدث لان الحدث حل بالخف فلا يتحول الى غيره ولو كان الجرموق من
كرباس لا يجوز المسح عليه لانه لا يصلح بدلا عن الرجل الا ان تنفذ البلة منه
الى الخف ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفة رح الا ان يكونا
مجلدين او منعلين وقالا يجوز اذا كانا ثخينين لا يشفان لما روي ان النبي
عليه السلام مسح على جوربيه ولانه يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا وهو ان
يستمسك على الساق من غير ان يربط بشيء فاشبه الخف وله انه ليس
في معنى الخف لانه لا يمكن مواظبة المشي فيه الا اذا كان منعلا وهو محمل
الحديث وعنه انه رجع الى قولهما وعليه الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة
والقلنسوة والبرقع والقفازين لانه لا حرج في نزع هذه الاشياء
والرخصة لدفع الحرج ويجوز المسح على الجبائر وان شدها على غير وضوء
لانه عم فعل ذلك وامر عليا رضي الله عنه به ولان الحرج فيه فوق الحرج في نزع
الخف فكان اولى بشرع المسح ويكتفى بالمسح على اكثرها ذكره الحسن رحمه الله
ولا يتوقت لعدم التوقيف بالتوقيت وان سقطت الجبيرة عن غير برء لا يبطل
المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا
وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان كان في الصلوة استقبل لانه
قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل

باب الحيض والاستحاضة

اقل الحيض ثلثة ايام ولياليها فما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله عليه السلام
اقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام وهو
حجة على الشافعي رح في التقدير بيوم وليلة وعن ابي يوسف رح يومان واكثر من
اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام الكل قلنا هذا نقص عن تقدير الشرع واكثره
عشرة ايام والزائد عليها استحاضة لما روينا وهو حجة على الشافعي رح في التقدير
بخمسة عشر يوما ثم الزائد والناقص استحاضة لان تقدير الشرع يمنع غيره به
وما تراه المراة من الحمرة والصفرة والكدرة حيض حتى ترى البياض خالصا

خالصا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان
من الرحم لتاخر خروج الكدرة عن الصافي ولهما ما روي ان عائشة رضي الله عنها
جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا وهذا لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس
فتخرج الكدرة اولا كالجرة اذا ثقب اسفلها واما الخضرة فالصحيح ان المراة
اذا كانت من ذوات الاقراء تكون حيضا ويحمل على فساد الغذاء وان كانت
كبيرة لا ترى غير الخضرة يحمل على فساد المنبت فلا يكون حيضا والحيض يسقط
عن الحائض الصلوة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصيام دون الصلوة لقول
عائشة رض كانت احدانا على عهد رسول الله عم اذا طهرت من حيضها تقضي
الصيام ولا تقضي الصلوات ولان في قضاء الصلوة حرجا لتضاعفها ولا حرج
في قضاء الصوم ولا تدخل المسجد وكذا الجنب لقوله عم فاني لا احل المسجد لحائض
ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي رح في اباحة الدخول على وجه العبور
والمرور ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد ولا ياتيها زوجها لقوله تع
ولا تقربوهن حتى يطهرن وليس للحائض والنفساء والجنب قراءة القرآن
لقوله عم لا تقرأ الحائض والجنب شيئا من القرآن وهو حجة على مالك في الحائض
وهو باطلاقه يتناول ما دون الآية فيكون حجة على الطحاوي في اباحته وليس
لهم مس المصحف الا بغلافه ولا اخذ درهم فيه سورة من القرآن الا بصرته
وكذا المحدث لا يمس المصحف الا بغلافه لقوله عليه السلام لا يمس القرآن الا طاهر
ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان في حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث
فيفترقان في حكم القراءة والغلاف ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل
كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه بالكم هو الصحيح لانه تابع له بخلاف كتب
الشريعة حيث يرخص في مسها بالكم لان فيه ضرورة ولا باس بدفع المصحف
الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ القرآن وفي الامر بالتطهير يكون حرجا
بهم هذا هو الصحيح قال واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام لم يحل
وطيها حتى تغتسل لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح
جانب الانقطاع ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت صلوة بقدر ان تقدر
على الاغتسال والتحريمة حل وطيها لان الصلوة صارت دينا في ذمتها فطهرت
حكما ولو انقطع الدم دون عادتها فوق الثلث لم يقربها حتى تمضي عادتها

بدونه وان لم يستكمل اتمها لان هذه مدة الاقامة وهو مقيم ومن لبس الجرموق
فوق الخف مسح عليه خلافا للشافعي فانه يقول البدل لا يكون له بدل ولنا ما روى
انه عم مسح على الجرموقين ولانه تبع للخف استعمالا وغرضا فصار
كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما اذا لبس الجرموق
بعد ما احدث لان الحدث حل بالخف فلا يتحول الى غيره ولو كان الجرموق من
كرباس لا يجوز المسح عليه لانه لا يصلح بدلا عن الرجل الا ان تنفذ البلة منه
الى الخف ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفة رح الا ان يكونا
مجلدين او منعلين وقالا يجوز اذا كانا ثخينين لا يشفان لما روى ان النبي
عليه السلام مسح على جوربيه ولانه يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا وهو ان
يستمسك على الساق من غير ان يربط بشيء فاشبه الخف وله انه ليس
في معنى الخف لانه لا يمكن مواظبة المشي فيه الا اذا كان منعلا وهو محمل
الحديث وعنه انه رجع الى قولهما وعليه الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة
والقلنسوة والبرقع والقفازين لانه لا حرج في نزع هذه الاشياء
والرخصة لدفع الحرج ويجوز المسح على الجبائر وان شدها على غير وضوء
لانه عم فعل ذلك وامر عليا رضي الله عنه به ولان الحرج فيه فوق الحرج في نزع
الخف فكان اولى بشرع المسح ويكتفى بالمسح على اكثرها ذكره الحسن رحمه الله
ولا توقيت لعدم التوقيف بالتوقيت وان سقطت الجبيرة عن غير برء لا يبطل
المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا
وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان كان في الصلوة استقبل لانه
قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل

باب الحيض والاستحاضة

اقل الحيض ثلثة ايام ولياليها فما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله عليه السلام
اقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلثة ايام ولياليها واكثره عشرة ايام وهو
حجة على الشافعي في التقدير بيوم وليلة وعن ابي يوسف رح يومان واكثر من
اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام الكل قلنا هذا نقص عن تقدير الشرع واكثره
عشرة ايام والزائد عليها استحاضة لما روينا وهو حجة على الشافعي رح في التقدير
بخمسة عشر يوما ثم الزائد والناقص استحاضة لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به
وما تراه المرأة من الحمرة والصفرة والكدرة حيض حتى ترى البياض خالصا

خالصا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان
من الرحم لتاخر خروج الكدرة عن الصافي ولهما ما روي ان عائشة رضي الله عنها
جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا وهذا لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس
فتخرج الكدرة اولا كالجرة اذا ثقب اسفلها واما الخضرة فالصحيح ان المرأة
اذا كانت من ذوات الاقراء تكون حيضا ويحمل على فساد الغذاء وان كانت
كبيرة لا ترى غير الخضرة يحمل على فساد المنبت فلا يكون حيضا والحيض يسقط
عن الحائض الصلوة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصيام دون الصلوة لقول
عائشة رض كانت احدانا على عهد رسول الله عم اذا طهرت من حيضها تقضي
الصيام ولا تقضي الصلوات ولان في قضاء الصلوة حرجا لتضاعفها ولا حرج
في قضاء الصوم ولا تدخل المسجد وكذا الجنب لقوله عم فاني لا احل المسجد لحائض
ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي رح في اباحة الدخول على وجه العبور
والمرور ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد ولا يأتيها زوجها لقوله تع
ولا تقربوهن حتى يطهرن وليس للحائض والنفساء والجنب قراءة القران
لقوله عم لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيئا من القرآن وهو حجة على مالك في الحائض
وهو باطلاقه يتناول ما دون الاية فيكون حجة على الطحاوي في اباحته وليس
لهم مس المصحف الا بغلافه ولا اخذ درهم فيه سورة من القران الا بصرته
وكذا المحدث لا يمس المصحف الا بغلافه لقوله عليه السلام لا يمس القرآن الا طاهر
ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان في حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث
فيفترقان في حكم القراءة والغلاف ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل
كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه بالكم هو الصحيح لانه تابع له بخلاف كتب
الشريعة حيث يرخص في مسها بالكم لان فيه ضرورة ولا بأس بدفع المصحف
الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ القرآن وفي الامر بالتطهير يكون حرجا
بهم هذا هو الصحيح قال واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام لم يحل
وطيها حتى تغتسل لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح
جانب الانقطاع ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت صلوة بقدر ان تقدر
على الاغتسال والتحريمة حل وطيها لان الصلوة صارت دينا في ذمتها فطهرت
حكما ولو كان انقطع الدم دون عادتها فوق الثلث لم يقربها حتى تمضي عادتها

الى ايام عادتها لما بيّنا في الحيض فان لم يكن لها عادة فابتداء نفاسها
اربعون يوما لانه امكن جعله نفاسا وان ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها
من الولد الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وان كان بين الولدين اربعون يوما
وقال محمد رح من الولد الاخير وهو قول زفر رح لانها حامل بعد وضع الاول
فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض ولهذا ينقضي العدة بالولد الاخير ولهما ان
الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الاول وتنفس
بالدم فكان نفاسا والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف اليها فيتناول الجميع

باب الانجاس وتطهيرها قال تطهير النجاسة واجب من بدن المصلي وثوبه
والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى وثيابك فطهر وقال عليه السلام حتيه
ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء واذا وجب التطهير بما ذكرنا في الثوب وجب
في البدن والمكان لان الاستعمال في حالة الصلوة يشمل الكل ويجوز تطهيرها
بالماء وبكل مائع طاهر يمكن ازالتها به كالخل وماء الورد وماء الباقلا ونحو
ذلك مما اذا عصر انعصر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد
وزفر والشافعي رحمهم الله لا يجوز الا بالماء لانه يتنجس باول الملاقاة والنجس لا يفيد
الطهارة الا ان هذا القياس ترك في الماء للضرورة ولهما ان المائع قالع
والطهورية بعلة القلع والازالة والنجاسة للمجاورة فاذا انتهت اجزاء
النجاسة يبقى طاهرا وجواب الكتاب لا يفرق بين الثوب والبدن وهو
قول ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه انه فرق بينهما فلم
يجوّز في البدن بغير الماء لان حرارة البدن جاذبة والمستخرج وهو
العصر فيه متعذر واذا اصاب الخف نجاسة لها جرم كالروث والعذرة
والدم والمني فجفت فدلكه بالارض جاز وهذا استحسان وقال محمد لا يجوز
وهو القياس الا في المني خاصة لان المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف
والدلك بخلاف المني على ما نذكره ولهما قوله عليه السلام فان كان بهما اذى فليمسحهما
بالارض فان الارض لهما طهور ولان الجلد لصلابته لا تتداخله اجزاء
النجاسة الا قليل ثم يجتذبه الجرم اذا جف واذا زال زال ما قام به وفي الرطب
لا يجوز حتى يغسله لان المسح بالارض يكثره ولا يطهره وعن ابي يوسف رح
انه اذا مسحه بالارض حتى لم يبق اثر النجاسة يطهر لعموم البلوى واطلاق

ما يروى وعليه مشايخنا فان اصابه بول فيبس لم يجزه حتى يغسله
وكذا كل ما لا جرم له كالخمر لان الاجزاء يتشرب فيه ولا جاذب يجذبها وقيل
ما يتصل به من الرمل جرم له والثوب لا يجزي فيه الا الغسل وان يبس لان الثوب
لتخلخله يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل والمني نجس يجب
غسله رطبا فاذا جف على الثوب اجزاه فيه الفرك لقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها
فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا وقال الشافعي رح المني طاهر
والحجة عليه ما رويناه وقال عليه السلام انما يغسل الثوب من خمس وذكر منها المني
ولو اصاب البدن قال مشايخنا يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد وعن
ابي حنيفة انه لا يطهر الا بالغسل لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود الى الجرم والبدن لا يمكن
فركه والنجاسة اذا اصابت المرآة او السيف اكتفي بمسحهما لانه لا يتداخله النجاسة
وما على ظاهره يزول بالمسح وان اصابت الارض نجاسة فجفت بالشمس وذهب
اثرها جازت الصلوة على مكانها وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لانه
لم يوجد المزيل ولهذا لا يجوز التيمم به ولنا قوله عليه السلام ذكوة الارض يبسها وانما
لا يجوز التيمم لان طهارة الصعيد ثبت شرطا بنص الكتاب فلا يتأدى
بما ثبت بالحديث وقدر الدرهم وما دونه من النجس المغلظ كالدم والبول
والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار جازت الصلوة معه وان زاد لم تجز وقال
زفر والشافعي رح قليل النجاسة وكثيرها سواء لان النص الموجب للتطهير
لم يفصل ولنا ان القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه بقدر
الدرهم اخذا عن موضع الاستنجاء ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة
وهو قدر عرض الكف في الصحيح ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير
المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما ان الاولى في الرقيق
والثانية في الكثيف وانما كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة لانها ثبتت
بدليل مقطوع به وان كان مخففا كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلوة معه حتى يبلغ
ربع الثوب يروى ذلك عن ابي حنيفة رح لان التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع
ملحق بالكل في حق بعض الاحكام وعنه ربع ادنى ثوب تجوز فيه الصلوة كالمئزر
وقيل ربع الموضع الذي اصابه كالذيل والدخريص وعن ابي يوسف رح شبر في شبر
وانما كان مخففا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لمكان الاختلاف في نجاسته

او لتعارض النصين على اختلاف الاصلين واذا اصاب الثوب من الروث
او اخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوة فيه عند ابي حنيفة رحمه
لان النص الوارد في نجاسته وهو ما يروى انه عم رمى بالروثة وقال هذا
رجس او ركس لم يعارضه غيره وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف
بالتعارض وقالا يجزيه حتى يفحش لان للاجتهاد فيه مساغا وبهذا يثبت
التخفيف عندهما ولان فيه ضرورة لامتلاء الطرق بها وهي مؤثرة في التخفيف
بخلاف بول الحمار لان الارض تنشفه قلنا الضرورة في النعال وقد اثرت في التخفيف
مرة حتى يطهر بالمسح فيكفي مؤنتها ولا فرق بين ماكول اللحم وغير ماكول اللحم
وزفر رح فرق بينهما فوافق ابا حنيفة رح في غير الماكول ووافقهما في الماكول
وعن محمد رح انه لما دخل الري ورأى البلوى افتى بان الكثير الفاحش لا يمنع
ايضا وقاسوا عليه طين بخارى وعند ذلك رجوعه في الخف يروى وان اصابه
بول الفرس لم يفسده حتى يفحش عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح لا يمنع
وان فحش لان بول ما يوكل لحمه طاهر عنده مخفف نجاسته عند ابي يوسف رح ولحمه
ماكول عندهما واما عند ابي حنيفة رح التخفيف لتعارض الآثار وان اصابه
خرء ما لا يوكل لحمه من الطير اكثر من قدر الدرهم اجزأت الصلوة فيه عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد لا يجوز فقد قيل ان الاختلاف في النجاسة وقد قيل
في المقدار وهو الاصح هو يقول التخفيف للضرورة ولا ضرورة لعدم المخالطة
فلا يخفف ولهما انها تذرق من الهواء والتحامي متعذر فتحققت الضرورة
ولو وقع في الاناء قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون الاواني عنه
وان اصابه من دم السمك او من لعاب البغل او الحمار اكثر من قدر الدرهم اجزأت
الصلوة فيه اما دم السمك فلانه ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن ابي يوسف
انه اعتبر فيه الكثير الفاحش فاعتبره نجسا واما لعاب البغل والحمار فلانه مشكوك
فيه فلا يتنجس به الطاهر وان انتضح عليه البول مثل رؤس الابر فذلك ليس بشيء لانه
لا يستطاع الامتناع عنه **قال** والنجاسة على ضربين مرئية وغير مرئية فما كان
منها مرئيا فطهارته بزوال عينها لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين
فيزول بزوالها الا ان يبقى من اثره ما يشق ازالته لان الحرج مدفوع وهذا يشير
الى انه لا يشترط الغسل بعد زوال العين وان زال بالغسل مرة واحدة

واحدة وفيه كلام وما ليس بمرئي فطهارته ان يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل
انه قد طهر لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن
كما في امر القبلة وانما قدروا بالثلث لان غالب الظن يحصل عنده فاقيم السبب
الظاهر مقامه تيسيرا ويتايد ذلك بحديث المستيقظ من منامه ثم لا بد من العصر
في كل مرة في ظاهر الرواية لانه هو المستخرج **فصل في الاستنجاء** الاستنجاء سنة لان
النبي عليه السلام واظب عليه ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه لان المقصود
هو الانقاء فيعتبر ما هو المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي رح انه
لا بد من الثلث لقوله عم وليستنج بثلثة احجار ولنا قوله عليه السلام من استجمر
فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج والايتار يقع على الواحد وما رواه متروك
الظاهر فانه لو استنجى بحجر له ثلثة احرف جاز بالاجماع وغسله بالماء افضل لقوله تع
فيه رجال يحبون ان يتطهروا نزلت في اقوام يتبعون الحجارة الماء ثم هو ادب وقيل
هو سنة في زماننا ويستعمل الماء الى ان يقع في غالب ظنه انه قد طهر ولا يقدر بالمرات
الا اذا كان موسوسا فيقدر بالثلث في حقه وقيل بالسبع ولو جاوزت النجاسة
مخرجها لم يجز فيه الا الماء وفي بعض النسخ لم يجز الا المايع وهذا يحقق اختلاف
الروايتين في تطهير العضو بغير الماء على ما بينا وهذا لان المسح غير مزيل الا انه
اكتفي به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لسقوط اعتبار ذلك الموضع وعند محمد رح
مع موضع الاستنجاء اعتبارا بسائر المواضع ولا يستنجي بعظم ولا بروث لان
النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى النهي في
الروث النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن ولا يستنجي بطعام لانه اضاعة واسراف
ولا بيمينه لان النبي عليه السلام نهى عن الاستنجاء باليمين والله اعلم واحكم

كتاب الصلوة **باب المواقيت**

اول وقت الفجر اذا طلع الفجر
الثاني وهو البياض المعترض في الافق وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث
امامة جبريل عليه السلام فانه ام رسول الله عليه السلام فيها في اليوم الاول حين
طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين اسفر جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال
في آخر الحديث ما بين هذين وقت لك ولامتك ولا معتبر بالفجر الكاذب
وهو البياض الذي يبدو طولا ثم يعقبه الظلام لقوله عليه السلام لا يغرنكم

ط وحد الاسفار ان يبدأ بالصلوة بعد انتشار البياض في وقت لو صلى الفجر بقراءة مسنونة ما بين اربعين آية الى ستين او اكثر
ويرتل القراءة وان اصح لو ظهر له سهو في طهارته يمكنه ان يتوضأ ويعيد الصلوة قبل طلوع الشمس كما فعل ابو بكر رض

اذان بلال ولا الفجر المستطيل وانما الفجر المستطير في الافق اي المنتشر فيها
واول وقت الظهر اذا زالت الشمس لامامة جبرئيل ع م في اليوم الاول حين زالت
الشمس وآخر وقتها عند ابي حنيفة رح اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء
الزوال وقالا اذا صار ظل كل شيء مثله وهو رواية عن ابي حنيفة رح وفيء الزوال
هو الفيء الذي يكون للاشياء وقت الزوال ولهما امامة جبرئيل عليه السلام في اليوم
الاول في العصر في هذا الوقت وله قوله عليه السلام ابردوا بالظهر فان شدة الحر
من فيح جهنم واشد الحر في ديارهم في هذا الوقت واذا تعارضت الآثار لا ينقضي
الوقت بالشك واول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين وآخر وقتها
ما لم تغرب الشمس لقوله ع م من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها
واول وقت المغرب اذا غربت الشمس وآخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي
مقدار ما يصلي فيه ثلث ركعات لان جبرئيل ع م ام في اليومين في وقت واحد
ولنا قوله ع م اول وقت المغرب حين تغرب الشمس وآخره حين تغيب الشفق
وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ثم الشفق هو البياض المعترض في الافق بعد
الحمرة عند ابي حنيفة رح وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو
قول الشافعي رح لقوله ع م الشفق الحمرة وله قوله عليه السلام وآخر وقت المغرب
اذا اسود الافق وما رواه موقوف على ابن عمر رض ذكره مالك رح في الموطا وفيه
اختلاف الصحابة رضي الله عنهم واول وقت العشاء اذا غاب الشفق وآخر وقتها
ما لم يطلع الفجر لقوله ع م وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وهو حجة على الشافعي رح
في تقديره بذهاب ثلث الليل واول وقت الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر
لقوله عليه السلام في الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر قال رضي الله عنه هذا
عندهما وعند ابي حنيفة رح وقته وقت العشاء الا انه لا يقدم عليه عند التذكر للترتيب

فصل ويستحب الاسفار بالفجر لقوله عليه السلام اسفروا بالفجر فانه اعظم
للاجر وقال الشافعي رح انه يستحب التعجيل في كل صلوة والحجة عليه ما رويناه
وما نرويه **قال** والابراد بالظهر في الصيف وتقديمه في الشتاء لما روينا ورواية
انس رضي الله عنه قال كان النبي عليه السلام اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا
كان في الصيف ابرد بها وتاخير العصر ما لم تتغير الشمس في الصيف والشتاء
لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده والمعتبر تغير القرص وهو ان يصير

ط فان قيل ينبغي ان يكون سنة كالسواك حيث قال فيه لولا ان اشق على امتي لامرتهم بالسواك عند كل وضوء قلنا قال ثمة لامرتهم وهو
للوجوب وقد امتنع الوجوب لعارض المشقة فيكون سنة اما هنا قال لاخرت وهذا مطلقا يدل على الاستحباب

بحال لا تحار فيه الاعين هو الصحيح والتاخير اليه مكروه ويستحب تعجيل
المغرب لان تاخيرها مكروه لما فيه من التشبيه باليهود وقال عليه السلام لا تزال امتي
بخير ما عجلوا المغرب واخروا العشاء **قال** وتاخير العشاء الى ما قبل ثلث
الليل لقوله ع م لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل ولان
فيه قطع السمر المنهي بعده وقيل في الصيف تعجل كيلا تتقلل الجماعة والتاخير
الى نصف الليل مباح لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب
وهو قطع السمر بواحد فثبت الاباحة والى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل
الجماعة وقد انقطع السمر قبله ويستحب في الوتر لمن يالف صلوة الليل آخر الليل
فان لم يثق بالانتباه اوتر قبل النوم لقوله ع م من خاف ان لا يقوم آخر الليل
فليوتر اوله ومن طمع ان يقوم آخر الليل فليوتر آخر الليل واذا كان يوم غيم
فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب تاخيرها وفي العصر والعشاء تعجيلها
لان في تاخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر وفي تاخير العصر توهم
الوقوع في الوقت المكروه ولا توهم في الفجر لان تلك المدة مديدة وعن ابي حنيفة
التاخير في الكل للاحتياط الا ترى انه يجوز الاداء بعد الوقت لا قبله

فصل في الاوقات التي تكره فيها الصلوة لا يجوز الصلوة عند طلوع الشمس
ولا عند غروبها ولا عند قيامها في الظهيرة لحديث عقبة رض قال ثلث اوقات
نهانا النبي عليه السلام ان نصلي فيها وان نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس
حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين تضيف للغروب حتى تغرب والمراد
بقوله ان نقبر صلوة الجنازة لان الدفن غير مكروه والحديث باطلاقه حجة
على الشافعي رح في تخصيص الفرائض به والنوافل بمكة وحجة على ابي يوسف في اباحة
النفل يوم الجمعة وقت الزوال **قال** ولا صلوة جنازة لما روينا ولا سجدة تلاوة
لانها في معنى الصلوة الا عصر يومه عند الغروب لان السبب هو الجزء القائم
من الوقت لانه لو تعلق بالكل لوجب الاداء بعده ولو تعلق بالجزء الماضي
فالمؤدي في آخر الوقت قاض واذا كان كذلك فقد اداها كما وجبت بخلاف
غيرها من الصلوات لانها وجبت كاملة فلا يتادى بالناقص **قال** رضي الله عنه
والمراد بالنفي المذكور في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة حتى لو صليها
او تلى في سجدة وسجدها جاز لانها اديت ناقصة كما وجبت اذ الوجوب بحضوره

الجنازة والتلاوة ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر
حتى تغرب الشمس لما روي ان النبي عم نهى عن ذلك ولا باس بان يصلي في هذين
الوقتين الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة كانت لحق
الفرض ليصير الوقت كالمشغول به لا لمعنى في الوقت فلم تظهر في حق الفرائض وفيما
وجب لعينه كسجدة التلاوة وتظهر في حق المنذور لانه تعلق وجوبه بسبب من جهته
وفي حق ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم افسده لان الوجوب لغيره وهو ختم
الطواف وصيانة المؤدى ويكره ان يتنفل بعد طلوع الفجر باكثر من ركعتي الفجر
لانه عم لم يزد عليهما مع حرصه على الصلوة ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض
لما فيه من تاخير المغرب ولا اذا خرج الامام للخطبة يوم الجمعة الى ان يفرغ لما فيه
من الاشتغال عن استماع الخطبة

باب الاذان

الاذان سنة للصلوات الخمس
والجمعة للنقل المتواتر وصفة الاذان معروفة وهو كما اذن الملك النازل من السماء
ولا ترجيع فيه وهو ان يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعدما خفض بهما وقال
الشافعي رح فيه ذلك لحديث ابي محذورة ان النبي عليه السلام امره بالترجيع ولنا
انه لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه تعليما فظنه ترجيعا ويزيد في اذان
الفجر بعد الفلاح الصلوة خير من النوم مرتين لان بلالا رض قال الصلوة خير
من النوم حين وجد النبي عم راقدا فقال عم ما احسن هذا اجعله في اذانك وخص
الفجر به لانه وقت نوم وغفلة والاقامة مثل الاذان الا انه يزيد فيها بعد الفلاح
قد قامت الصلوة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو المشهور
ثم هو حجة على الشافعي رح في قوله انها فرادى فرادى الا قوله قد قامت الصلوة
ويترسل في الاذان ويحدر في الاقامة لقوله عم اذا اذنت فترسل واذا اقمت
فاحدر وهذا بيان الاستحباب ويستقبل بهما القبلة لان النازل من السماء اذن
مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفته السنة
ويحول وجهه للصلوة والفلاح يمنة ويسرة لانه خطاب للقوم فيواجههم به
وان استدار في صومعته فحسن ومراده اذا لم يستطع تحويل الوجه يمينا
وشمالا مع ثبات قدميه في مكانهما كما هو السنة بان كانت الصومعة متسعة
فاما من غير حاجة فلا والافضل للمؤذن ان يجعل اصبعيه في اذنيه بذلك امر
النبي عم بلالا رض ولانه ابلغ في الاعلام وان لم يفعل فحسن لانها ليست بسنة اصلية

اصلية والتثويب في الفجر حي على الصلوة حي على الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة
حسن وكره في سائر الصلوات ومعناه العود الى الاعلام بعد الاعلام وهو على حسب
ما تعارفوه وهذا تثويب احدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة لتغير احوال الناس
وخصوا الفجر به لما ذكرنا والمتأخرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور
التواني في الامور الدينية قال ابو يوسف رح لا ارى باسا ان يقول المؤذن للامير
في الصلوات كلها السلام عليك ايها الامير ورحمة الله وبركاته حي على الصلوة
حي على الفلاح الصلوة يرحمك الله واستبعده محمد رح لان الناس سواسية
في امر الجماعة وابو يوسف رح خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم بامور المسلمين
كيلا تفوتهم الجماعة وعلى هذا القاضي والمفتي ويجلس بين الاذان والاقامة
الا في المغرب وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا رحمهما الله يجلس في المغرب ايضا
جلسة خفيفة لانه لا بد من الفصل اذ الوصل مكروه اجماعا ولا يقع بالسكتة
لوجودها بين كلمات الاذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين ولابي حنيفة
ان التاخير مكروه فيكتفي بادنى الفصل احترازا عنه والمكان في مسئلتنا مختلف
وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة وقال الشافعي رح يفصل
بركعتين اعتبارا بسائر الصلوات والفرق ما ذكرناه قال يعقوب رايت ابا حنيفة
يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس وهذا يفيد ما قلنا وان المستحب كون المؤذن
عالما بالسنة لقوله عم يؤذن لكم خياركم ويؤذن للفائتة ويقيم لان النبي عليه السلام
قضى الفجر غداة ليلة التعريس باذان واقامة وهو حجة على الشافعي في اكتفائه
بالاقامة فان فاتته صلوات اذن للاولى واقام لما روينا وكان مخيرا في الباقي
ان شاء اذن واقام ليكون القضاء على حسب الاداء وان شاء اقتصر على
الاقامة لان الاذان للاستحضار وهم حضور قال رضي الله عنه وعن محمد رح انه
يقام لما بعدها قالوا يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا وينبغي ان يؤذن ويقيم
على طهر فان اذن على غير وضوء جاز لانه ذكر وليس بصلوة فكان الوضوء فيه
استحبابا كما في القراءة ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين
الاقامة والصلوة ويروى انه لا يكره الاقامة ايضا لانه احد الاذانين
ويروى انه يكره الاذان ايضا لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه ويكره ان
يؤذن وهو جنب رواية واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين وهو

ان للاذان شبها بالصلوة فتشترط الطهارة عن اغلظ الحدثين دون
اخفهما عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير اذا اذن على غير وضوء واقام
لا يعيد والجنب احب الي ان يعيد وان لم يعد اجزاه اما الاول فلخفة الحدث
واما الثاني ففي الاعادة بسبب الجنابة روايتان والاشبه ان يعاد الاذان
ولا يعاد الاقامة لان تكرار الاذان مشروع دون الاقامة وقوله وان لم يعد
اجزاه يعني الصلوة لانها جائزة بدون الاذان والاقامة قال وكذلك
المرأة تؤذن معناه يستحب ان يعاد ليقع على وجه السنة ولا يؤذن لصلوة قبل
دخول وقتها ويعاد في الوقت لان الاذان للاعلام وقبل الوقت تجهيل وقال
ابو يوسف رح وهو قول الش يجوز للفجر في النصف الاخير من الليل
لتوارث اهل الحرمين والحجة على الكل قوله عم لبلال رضي الله عنه لا تؤذن حتى
يستبين لك الفجر هكذا ومد يديه عرضا والمسافر يؤذن ويقيم لقوله عم
لابني ابي مليكة رضي الله عنهما اذا سافرتما فاذنا واقيما فان تركهما جميعا
يكره ولو اكتفى بالاقامة جاز لان الاذان لاستحضار الغائبين والرفقة
حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون فان صلى في بيته
في المصر يصلي باذان واقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة وان تركهما
جاز لقول ابن مسعود رضي الله عنه اذان الحي يكفينا

باب شروط الصلوة التي تتقدمها

يجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس
على ما قدمناه قال الله تعالى وثيابك فطهر وقال الله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ويستر
عورته لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري عورتكم عند كل صلوة وقال
النبي عليه السلام لا صلوة لحائض الا بخمار اي لبالغة وعورة الرجل ما تحت السرة
الى الركبة لقوله عم عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى
تجاوز ركبته وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة خلافا لما يقوله الشافعي
والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى نحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى
او عملا بقوله عليه السلام الركبة من العورة وبدن المرأة الحرة كلها عورة الا
وجهها وكفيها لقوله عليه السلام المرأة عورة مستورة واستثناء العضوين
للابتلاء بابدائهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص على ان القدم عورة
ويروى انها ليست بعورة وهو الاصح فان صلت وثلث ساقها او ربعها تنكشف

منكشف تعيد الصلوة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان اقل من الربع لا تعيد
وقال ابو يوسف رح لا تعيد ان كان اقل من النصف لان الشيء انما يوصف بالكثرة
اذا كان ما يقابله اقل منه اذ هما من اسماء المقابلة وفي النصف عنه روايتان فاعتبر
الخروج عن حد القلة او عدم الدخول في ضده ولهما ان الربع يحكي حكاية الكل كما
في مسح الرأس والحلق في الاحرام ومن رأى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان لم ير الا
احد جوانبه الاربع والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف لان
كل واحد عضو على حدة والمراد به النازل من الرأس هو الصحيح وانما وضع غسله
في الجنابة لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف والذكر يعتبر بانفراده
وكذا الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم وما كان عورة من الرجل فهو
عورة من الامة وبطنها وظهرها عورة وما سوى ذلك من بدنها ليس بعورة لقول
عمر رض الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها
في ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات المحارم في حق جميع الرجال
دفعا للحرج قال ولو لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد الصلوة وهذا
على وجهين ان كان ربع الثوب طاهرا او اكثر منه يصلي فيه ولو صلى عريانا لا يجزيه
لان ربع الشيء يقوم مقام كله وان كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند محمد
وهو احد قولي الشافعي رح لان في الصلوة فيه ترك فرض واحد وفي الصلوة
عاريا ترك الفروض وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يتخير بين ان يصلي
عريانا وبين ان يصلي فيه وهو الافضل لان كل واحد منهما مانع جواز الصلوة
حالة الاختيار ويستويان في حق المقدار فيستويان في حكم الصلوة وترك الشيء
الى خلف لا يكون تركا والافضلية لعدم اختصاص الستر بالصلوة واختصاص
الطهارة بها ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومي بالركوع والسجود هكذا فعله
اصحاب رسول الله عم فان صلى قائما اجزاه لان في القعود ستر العورة الغليظة
وفي القيام اداء هذه الاركان فيميل الى ايهما شاء الا ان الاول افضل لان الستر
وجب لحق الصلوة وحق الناس ولانه لا خلف له والايماء خلف عن الاركان
قال وينوي الصلوة التي يدخل فيها بنية لا يفصل بينها وبين التحريمة بعمل
والاصل فيه قوله عم الاعمال بالنيات ولان ابتداء الصلوة بالقيام وهو
متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التمييز الا بالنية والمتقدم على التكبير

كالقائم عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلوة ولا معتبر بالمتأخرة منها عنه لان ما مضى لا يقع عبادة لعدم النية وفي الصوم جوزت للضرورة والنية هي الارادة والشرط ان يعلم بقلبه اي صلوة يصلي اما الذكر باللسان فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ثم ان كانت الصلوة نفلا يكفيه مطلق النية وكذا ان كانت سنة في الصحيح وان كانت فرضا فلا بد من تعيين الفرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض وان كان مقتديا بغيره ينوي الصلوة ومتابعته لانه يلزمه فساد الصلوة من جهته فلا بد من التزامه قال ويستقبل القبلة لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره ثم من كان بمكة ففرضه اصابة عينها ومن كان غائبا ففرضه اصابة جهتها هو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع ومن كان خائفا يصلي الى اي جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه وان اشتبهت عليه القبلة وليس بحضرته من يسأله عنها اجتهد وصلى لان الصحابة رضي الله عنهم تحروا وصلوا ولم ينكر عليهم رسول الله عليه السلام ولان العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه والاستخبار فوق التحري فان علم انه اخطأ بعدما صلى لا يعيدها وقال الشافعي يعيدها اذا استدبر لتيقنه بالخطأ ونحن نقول ليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري والتكليف مقيد بالوسع وان علم ذلك في الصلوة استدار الى القبلة لان اهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا كهيئتهم واستحسنه النبي عليه السلام وكذا اذا تحول رأيه الى جهة اخرى توجه اليها لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المؤدى قبله ومن ام قوما في ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى الى المشرق وتحرى من خلفه فصلى كل واحد منهم الى جهة وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع الامام اجزاهم لوجود التوجه الى جهة التحري وهذه المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال امامه تفسد صلوته لانه اعتقد امامه على الخطأ وكذا لو كان متقدما عليه لتركه فرض المقام

باب صفة الصلوة

فرائض الصلوة ستة التحريمة لقوله تعالى وربك فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح والقيام لقوله تعالى وقوموا لله قانتين والقراءة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والركوع والسجود لقوله تعالى واركعوا واسجدوا والقعدة في آخر الصلوة مقدار التشهد لقوله عليه السلام لابن مسعود رضي الله عنه حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك علق التمام بالفعل قرأ او لم يقرأ قال وما سوى ذلك فهو سنة اطلق اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة

قوله ولا معتبر بالمخالفة ... [illegible]

وفرائض الصلوة ستة لا يخ عن شيء لأنه ان اعتبرها والفرائض فريضة لم يجز الثاني في حده وان اعتبر فرضا لم يكن ذلك جمعه
لأن فعائل انما يطرد في كل رباعي ثالثه مدة مؤنث بالتاء كسحابة وصحيفة وحلوبة او بالمعنى كشمال وعجوز وسعيد علم امرأة وان جعلتم
فريضة على تأويله بالفرض لدخلت الثاء ... [illegible] ... بتأويل المكان فهو تصرف ليس لنا اما نفعله بل انما
لنا ان نؤول لو اراد منهم ... [illegible] ... الا ان اعطاه فيطلع
صحة استعمال ... [illegible]

[illegible]

قوله ... وكذا قوله ... فانتبه ... وفي خارج الصلوة فهو ان يراد
الافتراض الواقع في الصلوة ... [illegible] ... مفتاح الصلوة الطهور وتحريمها التكبير وتحليلها التسليم رواه
ابو داود ... [illegible] ... لأن التحريم ليس نفس التكبير بل به ثبت ... [illegible] ... لفظ التحريم
فيه به اي ما ثبت به تحريم الصلوة التكبير ... في تحليلها التسليم ... [illegible] ... في الصلوة ... [illegible]
اجمال الصلوة ... ان الصلوة فعل يشتمل على ... [illegible] ... في كيفية ترتيبها في الاداء ... [illegible] ... وقع البيان
في ذلك كله بفعله صلى الله عليه وسلم ... [illegible] ... القعدة الاخيرة ... [illegible] ... دليل الوجوب واذا وقعت بيانا
للفرض في الصلوة المجمل كان متعلقها فرضا بالفرضية ... [illegible] ... الافعال ... سنة لكان فرضا ... [illegible]
مطلق الكتاب ... والطمأنينة ... [illegible] ... القطع بالظني ... [illegible] ... القعدة الاولى لما تركها ... [illegible]
ثم علم لكان فرضا فقد علمت ان بعض الصلوة ... [illegible] ... في الصلوة ... [illegible]
فما تعلق بالافعال ... [illegible] ... بيانا ... [illegible] ... قطعي ... العلم بانه صلى الله عليه وسلم قاله ... [illegible]
بالمراد وان لم يكن قطعيا لم يصلح لذلك ... تقديم الظني عند معارضة القطعي ... في ... العقل ... ما ذكرنا
كان تقديم القيام على الركوع والركوع على السجود فرضا ... [illegible]

[illegible]

الفاتحة وضم السورة اليها ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال والقعدة
الاولى وقراءة التشهد في الاخيرة والقنوت في الوتر وتكبيرات العيدين
والجهر فيما يجهر فيه والمخافتة فيما يخافت فيه ولهذا تجب بتركها سجدتا السهو هذا هو
الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب لما انه ثبت وجوبها بالسنة قال واذا شرع في
الصلوة كبر لما تلونا وقال عليه السلام تحريمها التكبير وهو شرط عندنا خلافا للشافعي رح
حتى ان من تحرم للفرض كان له ان يؤدي بها التطوع وهو يقول انه يشترط لها ما يشترط
لسائر الاركان وهذا آية الركنية ولنا انه عطف الصلوة عليه في قوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى ومقتضاه
المغايرة ولهذا لا يتكرر كتكرار الاركان ومراعاة الشرائط لما يتصل به من القيام
ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة لان النبي عم واظب عليه وهذا اللفظ يشير الى
اشتراط المقارنة وهو المروي عن ابي يوسف رح والمحكي عن الطحاوي والاصح انه
يرفع يديه اولا ثم يكبر لان في فعله نفي الكبرياء عن غير الله تعالى والنفي مقدم ويرفع
يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه وعند الشافعي رح يرفع الى منكبيه وعلى هذا
تكبيرة القنوت والاعياد والجنازة له حديث ابي حميد الساعدي قال كان النبي
عليه السلام اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وائل بن حجر والبراء بن عازب
وانس رضي الله عنهم ان النبي عم كان اذا كبر رفع يديه حذاء اذنيه ولان رفع اليد
لاعلام الاصم وهو بما قلناه وما رواه يحمل على حالة العذر والمرأة ترفع يديها حذاء منكبيها
هو الصحيح لانه استر لها فان قال بدل التكبير الله اجل او اعظم او الرحمن اكبر او
لا اله الا الله او غيره من اسماء الله تعالى اجزأه عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
ان كان يحسن التكبير لم يجزه الا قوله الله اكبر او الله الاكبر او الله الكبير وقال
الشافعي رح لا يجوز الا بالاوليين وقال مالك رح لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول
والاصل فيه التوقيف والشافعي رح يقول ادخال الالف واللام ابلغ في الثناء فقام
مقامه وابو يوسف يقول ان افعل وفعيلا في صفات الله تعالى سواء بخلاف
ما اذا كان لا يحسن لانه لا يقدر الا على المعنى ولهما ان التكبير هو التعظيم
لغة وهو حاصل فان افتتح الصلوة بالفارسية او قرأ فيها بالفارسية
او ذبح وسمى بالفارسية وهو يحسن العربية اجزأه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجزيه
الا في الذبيحة خاصة وان لم يحسن العربية اجزأه اما الكلام في الافتتاح فمحمد
مع ابي حنيفة رح في العربية ومع ابي يوسف في الفارسية لان لغة العرب لها من المزية

[illegible]

بالسريانية يجزيه وأما الكلام في القراءة فوجه قولهما ان القرآن اسم لمنظوم عربي كما
نطق به النص الا عند العجز فيكتفى بالمعنى كالايماء بخلاف التسمية لان الذكر يحصل
بكل لسان ولابي حنيفة رح قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين ولم يكن فيها بهذه اللغة
ولهذا يجوز عند العجز الا انه يصير مسيئا لمخالفته السنة المتوارثة ويجوز بأي
لسان كان سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات
والخلاف في الاعتداد ولا خلاف في انه لا فساد ويروى رجوعه في اصل المسئلة الى قولهما
وعليه الاعتماد والخطبة والتشهد على هذا الاختلاف وفي الاذان يعتبر التعارف
وان افتتح الصلوة باللهم اغفر لي لم يجزه لانه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما
خالصا ولو قال اللهم فقد قيل يجزيه لان معناه يا الله وقد قيل لا يجوز لان معناه
يا الله آمنا بخير فكان سؤالا قال ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى تحت السرة
لقوله عليه السلام ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة وهو حجة على
مالك في الارسال وعلى الشافعي في الوضع على الصدر ولان الوضع تحت السرة
اقرب الى التعظيم وهو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند ابي حنيفة وابي
يوسف حتى لا يرسل حالة الثناء والاصل فيه ان كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد
فيه وما لا فلا هو الصحيح فيعتمد في حالة القنوت وصلوة الجنازة ويرسل في القومة
وبين تكبيرات الاعياد ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره وعن ابي يوسف
انه يضم اليه قوله اني وجهت وجهي الى آخره لرواية علي رض انه عليه السلام كان يقول
ذلك ولهما رواية انس رض ان النبي عليه السلام كان اذا افتتح الصلوة كبر
وقرأ سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره ولا يزيد على هذا وما رواه محمول على
التهجد وقوله جل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا يأتي به في الفرائض والاولى
ان لا يأتي بالتوجيه قبل التكبير لتتصل النية به هو الصحيح ويستعيذ بالله
من الشيطان الرجيم لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان
الرجيم معناه اذا اردت قراءة القرآن والاولى ان يقول استعيذ بالله ليوافق
القرآن ويقرب منه اعوذ بالله ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله لما تلونا حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر
عن تكبيرات العيد ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل في المشاهير
ويسر بهما لقول ابن مسعود رضي الله عنه اربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ

والتسمية

والتسمية وآمين وقال الشافعي رحمه الله يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة
لما روي ان النبي عليه السلام جهر في صلوته بالتسمية قلنا هو محمول على التعليم
لان انسا رضي الله عنه اخبر انه عم كان لا يجهر بها ثم عن ابي حنيفة رح انه لا يأتي
بها في اول كل ركعة كالتعوذ وعنه انه يأتي بها احتياطا وهو قولهما ولا يأتي بها
بين السورة والفاتحة الا عند محمد رح فانه يأتي بها في صلوة المخافتة ثم يقرأ
فاتحة الكتاب وسورة او ثلث آيات من اي سورة شاء فقراءة الفاتحة لا تتعين
ركنا عندنا وكذا ضم السورة اليها خلافا للشافعي رح في الفاتحة ولمالك رح فيهما
له قوله عم لا صلوة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها وللشافعي رح قوله عليه السلام
لا صلوة الا بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والزيادة
عليه بخبر الواحد لا يجوز لكنه يوجب العمل فقلنا بوجوبهما واذا قال الامام ولا الضالين
قال آمين ويقولها المؤتم لقوله عم اذا امن الامام فأمنوا ولا متمسك لمالك رح
في قوله عم واذا قال الامام ولا الضالين فقولوا آمين من حيث القسمة لانه عم قال
في آخره فان الامام يقولها قال ويخفونها لما روينا من حديث ابن مسعود رض
ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء والمد والقصر فيه وجهان والتشديد
خطأ فاحش ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط لان النبي
كان يكبر عند كل خفض ورفع ويحذف التكبير حذفا لان المد في اوله خطأ
من حيث الدين لكونه استفهاما وفي آخره لحن من حيث اللغة ويعتمد بيديه
على ركبتيه ويفرج بين اصابعه لقوله عم لانس رض اذا ركعت فضع يديك
على ركبتيك وفرج بين اصابعك ولا يندب الى التفريج الا في هذه الحالة
ليكون امكن من الاخذ ولا الى الضم الا في حالة السجود وفيما وراء ذلك يترك
على العادة ويبسط ظهره لان النبي عليه السلام كان اذا ركع بسط ظهره ولا
يرفع رأسه ولا ينكسه لان النبي عم كان اذا ركع لا يصوب رأسه ولا يقنعه
ويقول سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه لقوله عليه السلام اذا ركع احدكم فليقل
في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ثم يرفع رأسه ويقول
سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها الامام عند ابي حنيفة رح
وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة رض ان النبي عليه السلام كان يجمع بين
الذكرين ولانه حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله عم اذا قال الامام سمع الله

لمن حمده قولوا ربنا لك الحمد فهذه قسمة وانها تنافي الشركة ولهذا لا يأتي المؤتم
بالتسميع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ولانه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو
خلاف موضوع الامامة والذي رواه محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بينهما
في الاصح وان كان يروى الاكتفاء بالتسميع ويروى بالتحميد والامام بالدلالة
عليه آت قال ثم اذا استوى قائما كبر وسجد اما التكبير والسجود فلما بينا
واما الاستواء قائما فليس بفرض وكذا الجلسة بين السجدتين والطمأنينة
في الركوع والسجود وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يفترض
ذلك كله وهو قول الشافعي رح لقوله عم قم فصل فانك لم تصل قاله لاعرابي حين
اخف الصلوة ولهما ان الركوع هو الانحناء والسجود هو الانخفاض لغة فيتعلق
الركنية بالادنى فيهما وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود وفي آخر ما روى تسميته
اياه صلوة حيث قال وما نقصت من هذا شيئا فقد نقصت من صلوتك ثم
القومة والجلسة سنة عندهما وكذا الطمأنينة في تخريج الجرجاني وفي تخريج الكرخي
واجبة حتى تجب سجدتا السهو بتركها ساهيا عنده ويعتمد بيديه على الارض
لان وائل بن حجر رضي الله عنه وصف صلوة النبي عم فسجد وادعم على راحتيه ورفع
عجيزته قال ووضع وجهه بين كفيه ويديه حذاء اذنيه لما روى انه عم فعل كذلك
قال ويسجد على انفه وجبهته لان النبي عم واظب عليه فان اقتصر على احدهما
جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز الاقتصار على الانف الا من عذر وهو رواية
عنه لقوله عم امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها الجبهة ولابي حنيفة
ان السجود يتحقق بوضع بعض الوجه وهو المأمور به الا ان الخد والذقن خارج
والمذكور فيما روي الوجه في المشهور ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق
السجود بدونهما واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري انه فريضة في السجود
فان سجد على كور عمامته او فاضل ثوبه جاز لان النبي عم كان يسجد على كور عمامته
ويروى انه صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حر الارض وبردها ويبدي ضبعيه
لقوله عم وابد ضبعيك ويروى وابد من الابداد وهو المد والاول من الابداء
وهو الاظهار ويجافي بطنه عن فخذيه لانه عم كان اذا سجد جافى بطنه عن فخذيه
حتى ان بهيمة لو ارادت ان تمر بين يديه لمرت وقيل اذا كان في الصف لا يجافي
كيلا يؤذي جاره ويوجه اصابع رجليه نحو القبلة لقوله عليه السلام اذا سجد

المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من اعضائه القبلة ما استطاع ويقول في سجوده
سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه لقوله عم اذا سجد احدكم فليقل في سجوده
سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ويستحب ان يزيد على الثلث
في الركوع والسجود بعد ان يختم بالوتر لانه عم كان يختم بالوتر وان كان اماما
لا يزيد على وجه يمل القوم حتى لا يؤدي الى التنفير ثم تسبيحات الركوع والسجود
سنة لان النص تناولهما دون تسبيحهما فلا يزاد على النص والمرأة تنخفض
في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها لان ذلك استر لها قال ثم يرفع رأسه ويكبر لما
روينا فاذا اطمأن جالسا كبر وسجد لقوله عم في حديث الاعرابي ثم ارفع رأسك
حتى تستوي جالسا ولو لم يستو جالسا وسجد اخرى اجزأه عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقد ذكرناه وتكلموا في مقدار الرفع والاصح انه اذا كان الى السجود
اقرب لا يجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى الجلوس اقرب جاز لانه يعد جالسا
فيتحقق الثانية قال واذا اطمأن ساجدا كبر وقد ذكرناه ويستوي قائما على
صدور قدميه ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الارض وقال الشافعي رحمه الله يجلس
جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا على الارض لما روي ان النبي عم فعل ذلك ولنا
حديث ابي هريرة رض ان النبي عم كان ينهض في الصلوة على صدور قدميه وما
رواه محمول على حالة الكبر ولان هذه قعدة استراحة والصلوة ما وضعت
لها ويفعل في الثانية مثل ما يفعل في الركعة الاولى لانه تكرار الاركان الا انه لا
يستفتح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى
خلافا للشافعي رح في الركوع والرفع منه لقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن
تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الاربع في الحج
والذي يروى من الرفع محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير رض واذا رفع
رأسه من السجدة الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى وجلس عليها
ونصب اليمنى نصبا ووجه الاصابع نحو القبلة هكذا وصفت عائشة رضي الله عنها
قعود رسول الله عم في الصلوة قال ووضع يديه على فخذيه وبسط اصابعه
وتشهد يروى ذلك في حديث وائل رضي الله عنه ولان فيه توجيه اصابع يديه
الى القبلة فان كانت امرأة جلست على اليتها اليسرى واخرجت رجليها من
الجانب الايمن لانه استر لها والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات

الى آخره وهذا تشهد عبد الله بن مسعود رض فانه قال اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي
وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال قل التحيات لله الى آخره
والاخذ بهذا اولى من الاخذ بتشهد ابن عباس رض وهو قوله التحيات المباركات
الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا الى
آخره لان فيه الامر واقله الاستحباب والالف واللام وهما للاستغراق وزيادة
الواو وهي لتجديد الكلام كما في القسم وتاكيد التعليم ولا يزيد على هذا في القعدة
الاولى لقول ابن مسعود علمني رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد في وسط الصلوة وآخرها
فاذا كان وسط الصلوة نهض اذا فرغ من التشهد واذا كان آخر الصلوة
دعا لنفسه بما شاء قال ويقرأ في الركعتين الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها
لحديث ابي قتادة ان النبي عم قرأ في الاخريين بفاتحة الكتاب وهذا بيان
الافضل هو الصحيح لان القراءة فرض في الركعتين على ما ياتيك من بعد ان شاء الله
ويجلس في الاخيرة كما جلس في الاولى لما روينا من حديث وائل وعائشة رضي الله عنهما
ولانها اشق على البدن فكان اولى من التورك الذي يميل اليه مالك والذي يروى
ان النبي عم قعد متوركا ضعّفه الطحاوي رح او يحمل على حالة الكبر ويتشهد وهو
واجب عندنا ويصلي على النبي عم وهو ليس بفرض عندنا خلافا للشافعي رح فيهما
لقوله عم اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك ان شئت ان تقوم فقم
وان شئت ان تقعد فاقعد والصلوة على النبي عم خارج الصلوة واجبة مرة
واحدة كما قال الكرخي رح او كلما ذكر النبي عم كما اختاره الطحاوي فكفينا مؤنة
الامر والفرض المروي في التشهد هو التقدير قال ودعا بما يشبه الفاظ القرآن
والادعية المأثورة لما روينا من حديث ابن مسعود رض وقال عليه السلام ثم اختر
من الدعاء اطيبه واعجبه اليك ويبدأ بالصلوة على النبي عم ليكون اقرب الى الاجابة
ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن الفساد ولهذا ياتي بالمأثور المحفوظ
وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل
كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقني من قبيل الاول لاستعماله
فيما بين العباد يقال رزق الامير الجيش ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم
ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك لما روى ابن مسعود ان النبي عم كان يسلم عن يمينه
حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره حتى يرى بياض خده الايسر وينوي

وينوي بالتسليمة الاولى من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة وكذلك في الثانية
لان الاعمال بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا ولا من لا شركة له في صلوته هو
الصحيح لان الخطاب حظ الحاضرين ولا بد للمقتدي من نية امامه فان كان الامام
من الجانب الايمن او الايسر نواه فيهم وان كان بحذائه نواه في الاولى عند ابي يوسف
رح ترجيحا للجانب الايمن وعند محمد رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح نواه فيهما لانه ذو
حظ من الجانبين والمنفرد ينوي الحفظة لا غير لانه ليس معه سواهم والامام
ينوي بالتسليمتين هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا لان الاخبار
في عددهم قد اختلفت فاشبه الايمان بالانبياء عليهم السلام ثم اصابة لفظة السلام
واجبة عندنا وليست بفرض خلافا للشافعي رح هو يتمسك بقوله عم تحريمها التكبير
وتحليلها التسليم ولنا ما روينا من حديث ابن مسعود رض والتخيير ينافي الفرضية
والوجوب الا انا اثبتنا الوجوب بما رواه احتياطا وبمثله لا تثبت الفريضة

فصل في القراءة قال ويجهر بالقراءة في الفجر والركعتين الاوليين من
المغرب والعشاء ان كان اماما ويخفي في الاخريين هذا هو المتوارث وان كان
منفردا فهو مخير ان شاء جهر واسمع نفسه لانه امام في حق نفسه وان شاء خافت
لانه ليس خلفه من يسمعه والافضل هو الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة
ويخفيها الامام في الظهر والعصر وان كان بعرفة لقوله عم صلوة النهار عجماء
اي ليست فيها قراءة مسموعة وفي عرفة خلاف مالك والحجة عليه ما رويناه ويجهر في
الجمعة والعيدين لورود النقل المستفيض بالجهر وفي التطوع بالنهار يخافت
وبالليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد وهذا لانه مكمل له فيكون تبعا
ومن فاتته صلوة العشاء فصلاها بعد طلوع الشمس ان ام فيها جهر كما فعل
النبي عم حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة وان كان وحده خافت حتما
ولا يتخير هو الصحيح لان الجهر يختص اما بالجماعة حتما او بالوقت في حق المنفرد
على وجه التخيير ولم يوجد احدهما ومن قرأ في العشاء في الاوليين السورة
ولم يقرأ الفاتحة لم يعد في الاخريين وان قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ
في الاخريين الفاتحة والسورة وجهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف رح لا يقضي واحدة منهما لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى
الا بدليل ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على

طوال المفصل الى البروج
المفصل السبع الى سورة محمد وقيل من الفتح وقيل من قاف الى آخر القرآن وطوال المفصل الى البروج والقصار
والاوساط منها الى لم يكن والقصار منها الى الآخر وقيل طوال المفصل من الحجرات الى عبس والاوساط من كورت الى سورة الضحى

يترتب عليها السورة فلو قصد بها في الاخريين يترتب الفاتحة على السورة
وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك السورة لانه امكن قضاؤها على الوجه
المشروع ثم ذكر هنا ما يدل على الوجوب وفي الاصل بلفظ الاستحباب لانها وان
كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يكن مراعاة موضوعها من كل وجه
ويجهر بهما هو الصحيح لان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع وتغيير
النفل وهو الفاتحة اولى ثم المخافتة ان يسمع نفسه والجهر ان يسمع غيره وهذا
عند الفقيه ابي جعفر الهندواني لان مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون
الصوت وقال الكرخي تصحيح الحروف لان القراءة فعل اللسان دون الصماخ
وفي لفظ الكتاب اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق
والعتاق والاستثناء وغير ذلك وادنى ما يجزئ من القراءة في الصلوة آية
عند ابي حنيفة رح وقالا ثلث آيات قصار او آية طويلة لانه لا يسمى قارئا
بدونه فاشبه قراءة ما دون الآية وله قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن من غير
فصل الا ان ما دون الآية خارج والآية ليست في معناه وفي السفر يقرأ بفاتحة
الكتاب واي سورة شاء لما روي ان النبي عم قرأ في صلوة الفجر في سفره
بالمعوذتين ولان السفر اثر في اسقاط شطر الصلوة فلان يؤثر في تخفيف
القراءة اولى وهذا اذا كان على عجلة من السير وان كان في امنة وقرار
في الفجر نحو سورة البروج واذا السماء انشقت لانه يمكنه مراعاة السنة مع
التخفيف ويقرأ في الحضر في الفجر في الركعتين باربعين آية او خمسين آية
سوى فاتحة الكتاب ويروى من اربعين الى ستين ومن ستين الى مائة وبكل ذلك
ورد الاثر ووجه التوفيق انه يقرأ بالراغبين مائة وبالكسالى اربعين وبالاوساط
ما بين خمسين الى ستين وقيل ينظر الى طول الليالي وقصرها والى كثرة الاشغال
وقلتها وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما في سعة الوقت وقال في الاصل او دونه
لانه وقت الاشغال فينقص عنه تحرزا عن الملال والعصر والعشاء سواء يقرأ
فيهما باوساط المفصل وفي المغرب دون ذلك يقرأ فيها بقصار المفصل
والاصل فيه كتاب عمر رض الى ابي موسى الاشعري رض ان اقرأ في الفجر
والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء باوساط المفصل وفي المغرب
بقصار المفصل ولان مبنى المغرب على العجلة والتخفيف اليق بها والعصر

فان قيل لما كان اقرأهم اعلمهم فاسبق قوله عم فان كانوا سواء في القراءة فاعلمهم بالسنة والمساواة
في القراءة يوجب المساواة في العلم لانه اذا قلنا قال ذلك بحسب زمانه فان المساواة في القراءة
لا يستلزم المساواة في العلم في زماننا

والعصر والعشاء يستحب فيهما التأخير وقد يقعان بالتطويل في وقت غير
مستحب فيوقت فيهما بالاوساط ويطيل الركعة الاولى من الفجر على الثانية اعانة
للناس على ادراك الجماعة وركعتا الظهر سواء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رح احب الي ان يطول الركعة الاولى على الثانية في الصلوات كلها لما روي
انه عم كان يطيل الركعة الاولى في الصلوات كلها ولهما ان الركعتين استويا في استحقاق
القراءة فيستويان في المقدار بخلاف الفجر لانه وقت نوم وغفلة والحديث محمول على
الاطالة من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما
دون ثلث آيات لعدم امكان الاحتراز عنه من غير حرج وليس في شيء من
الصلوات قراءة سورة بعينها لا يجوز غيرها لاطلاق ما تلونا ويكره ان يوقت
بشيء من القرآن لشيء من الصلوات لما فيه من هجر الباقي وايهام التفضيل ولا يقرأ
المؤتم خلف الامام خلافا للشافعي رح في الفاتحة له ان القراءة ركن من الاركان
فيشتركان فيه ولنا قوله عم من كان له امام فقراءة الامام له قراءة وعليه اجماع الصحابة
رضوان الله عليهم وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي الانصات والاستماع
وقال عليه السلام واذا قرأ الامام فانصتوا ويستحسن قراءة الفاتحة خلف الامام
على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد رح ويكره عندهما لما فيه من الوعيد ويستمع
وينصت وان قرأ الامام آية الترغيب والترهيب لان الاستماع فرض بالنص والقراءة
وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك مخل به وكذلك في الخطبة وكذلك ان صلى
على النبي عم لفرضية الاستماع الا ان يقرأ الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا صلوا
عليه وسلموا تسليما فيصلي السامع في نفسه واختلفوا في النائي عن المنبر والاحوط
هو السكوت اقامة لفرض الانصات

باب الامامة

الجماعة سنة مؤكدة لقوله عم
الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق واولى الناس بالامامة اعلمهم
بالسنة وعن ابي يوسف رح اقرأهم لان القراءة لا بد منها والحاجة الى العلم اذا نابت
نائبة ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد والعلم لسائر الاركان فان تساووا
فاقرأهم لقوله عم يؤم القوم اقرأهم بكتاب الله فان كانوا سواء فاعلمهم بالسنة
واقرأهم كان اعلمهم لانهم يتلقون باحكامه فقدم في الحديث ولا كذلك في زماننا
فقدمنا الاعلم فان تساووا فاورعهم لقوله عم من صلى خلف عالم تقي فكانما صلى
خلف نبي فان تساووا فاسنهم لقوله عم وليؤمكما اكبركما ولان في تقديمه تكثير

الجماعة ويكره تقديم العبد لانه لا يتفرغ للتعلم والاعرابي لان الغالب فيهم الجهل
والفاسق لانه لا يهتم لامر دينه والاعمى لانه لا يتوقى عن النجاسة وولد الزنا لانه ليس
له اب يثقفه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم هؤلاء تنفير الجماعة فيكره وان
تقدموا جاز لقوله عليه السلام صلوا خلف كل بر وفاجر ولا يطول الامام بهم الصلوة
لقوله عم من ام قوما فليصل بهم صلوة اضعفهم فان فيهم المريض والكبير
وذا الحاجة ويكره للنساء وحدهن الجماعة لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام
الامام وسط الصف فيكره كالعراة فان فعلن قامت الامام وسطهن لان عائشة
فعلت كذلك وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام ولان في التقدم زيادة الكشف
ومن صلى مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رض فانه عليه السلام صلى به
واقامه عن يمينه ولا يتأخر عن الامام وعن محمد انه يضع اصابعه عند عقب الامام
والاول هو الظاهر فان صلى خلفه او في يساره جاز وهو مسيء لانه خالف السنة
وان ام اثنين تقدم عليهما وعن ابي يوسف رح يتوسطهما ونقل ذلك عن عبد الله
ابن مسعود رض ولنا انه عليه السلام تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما فهذا
دليل الافضلية والاثر دليل الاباحة ولا يجوز للرجال ان يقتدوا بامرأة او صبي
اما المرأة فلقوله عم اخروهن من حيث اخرهن الله فلا يجوز تقديمها واما
الصبي فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح والسنن المطلقة
جوزه مشايخ البلخ ولم يجوزه مشايخنا ومنهم من حقق الخلاف في النفل المطلق
بين ابي يوسف ومحمد رح والمختار انه لا يجوز في الصلوات كلها لان نفل
الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالافساد بالاجماع ولا يبنى
القوي على الضعيف بخلاف المظنون لانه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما
وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان الصلوة متحدة ويصف الرجال ثم الصبيان
ثم النساء لقوله عم ليليني منكم اولوا الاحلام والنهى ولان المحاذاة مفسدة
فيؤخرن وان حاذته امرأة وهما مشتركان في صلوة واحدة فسدت صلوته
ان نوى الامام امامتها والقياس ان لا يفسد وهو قول الش رح اعتبارا
بصلوتها حيث لا تفسد وجه الاستحسان ما روينا وانه من المشاهير وهو المخاطب
به دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلوته دون صلوتها كالمأموم
اذا تقدم على الامام وان لم ينو امامتها لم تضره ولا تجوز صلوتها لان الاشتراك

الاشتراك لا يثبت دونها عندنا خلافا لزفر رح الا ترى انه يلزمه الترتيب
في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء وانما يشترط نية الامامة اذا ائتمت
محاذية وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان والفرق على احديهما ان الفساد
في الاول لازم وفي الثاني محتمل ومن شرائط المحاذاة ان يكون الصلوة مشتركة
وان يكون مطلقة وان تكون المرأة من اهل الشهوة وان لا يكون بينهما حائل
لانها عرفت مفسدة بالنص بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص ويكره
لهن حضور الجماعات يعني الشواب منهن لما فيه من خوف الفتنة ولا بأس للعجوز
ان تخرج في الفجر والمغرب والعشاء وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يخرجن في
الصلوات كلها لانه لا فتنة لقلة الرغبة فلا يكره كما في العيد وله ان فرط الشبق
حامل فتقع الفتنة غير ان الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة
اما في الفجر والعشاء فهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون وفي العيد الجبانة
متسعة فيمكنها الاعتزال عن الرجال فلا يكره قال ولا يصلي الطاهر خلف من هو
في معنى المستحاضة ولا الطاهرة خلف المستحاضة لان الصحيح اقوى حالا من المعذور
والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والامام ضامن بمعنى تضمن صلوته صلوة المقتدي
ولا يصلي القاري خلف الامي ولا المكتسي خلف العاري لقوة حالهما ويجوز ان
يؤم المتيمم المتوضئين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح انه لا
يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء اصلية ولهما انه طهارة مطلقة
ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة ويؤم الماسح الغاسلين لان الخف مانع سراية
الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة لان الحدث لم يعتبر
شرعا مع قيامه حقيقة ويصلي القائم خلف القاعد وقال محمد رح لا يجوز وهو
القياس لقوة حال القائم ونحن تركناه بالنص وهو ما روي انه عليه السلام صلى آخر
صلوته قاعدا والقوم خلفه قيام ويصلي المومي خلف مثله لاستوائهما في الحال
الا ان يومي المؤتم قاعدا والامام مضطجعا لان القعود معتبر فيثبت به القوة
ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومي لان حال المقتدي اقوى وفيه خلاف زفر رح
ولا يصلي المفترض خلف المتنفل لان الاقتداء بناء ووصف الفرضية معدوم
في حق الامام فلا يتحقق البناء على المعدوم ولا من يصلي فرضا خلف من يصلي
فرضا آخر لان الاقتداء شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد وعند الش رح

يصح في جميع ذلك لان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة وعندنا معنى
التضمن مراعى ويصلي المتنفل خلف المفترض لان الحاجة في حقه الى اصل الصلوة
وهو موجود في حق الامام فيتحقق البناء ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث
اعاد لقوله عليه السلام من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلوته واعادوا وفيه
خلاف الشافعي رح بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك في الجواز
والفساد واذا صلى امي بقوم يقرؤن وبقوم اميين فصلوتهم فاسدة عند ابي
حنيفة رح وقالا صلوة الامام ومن لا يقرأ تامة لانه معذور وام قوما معذورين
وغير معذورين فصار كما اذا ام العاري عراة ولابسين وله ان الامام ترك
فرض القراءة مع القدرة عليها فيفسد صلوته وهذا لانه لو اقتدى بالقاري
يكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسئلة وامثالها لان الموجود في حق الامام
لا يكون موجودا في حق المقتدي ولو كان يصلي الامي وحده والقاري وحده
جاز وهو الصحيح لانه لم يظهر منهما رغبة في الجماعة وان قرأ الامام في الاوليين
ثم قدم في الاخريين اميا فسدت صلوتهم وقال زفر رح لا تفسد لتأدي فرض
القراءة ولنا ان كل ركعة صلوة فلا تخلى عن القراءة اما تحقيقا او تقديرا
ولا تقدير في حق الامي لانعدام الاهلية وكذا على هذا لو قدمه في التشهد

باب الحدث في الصلوة

ومن سبقه الحدث في الصلوة انصرف فان كان
اماما استخلف وتوضأ وبنى والقياس ان يستقبل وهو قول الشافعي لان
الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فاشبه الحدث العمد ولنا قوله عليه السلام
من قاء او رعف في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم
وقال عليه السلام اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه وليقدم من
لم يسبق بشيء والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق به والاستيناف
افضل تحرزا عن شبهة الخلاف وقيل ان المنفرد يستقبل والامام والمقتدي
يبني صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد ان شاء اتم في منزله وان شاء عاد
الى مكانه والمقتدي يعود الى مكانه الا ان يكون امامه قد فرغ او لا يكون بينهما حائل
ومن ظن انه احدث فخرج من المسجد ثم علم انه لم يحدث استقبل الصلوة وان
لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي والقياس فيهما الاستقبال وهو رواية عن محمد
لوجود الانصراف من غير عذر وجه الاستحسان انه انصرف على قصد الاصلاح

الاصلاح الا ترى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته فالحق قصد الاصلاح بحقيقته
ما لم يختلف المكان بالخروج وان كان استخلف فسدت لانه عمل كثير من غير عذر
بخلاف ما اذا ظن انه افتتح على غير وضوء فانصرف حيث يفسد صلوته وان لم يخرج
لان الانصراف على سبيل الرفض الا ترى انه لو تحقق ما توهمه يستقبله وهذا هو الحرف
ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم قدامه فالحد السترة وان
لم يكن فمقدار الصفوف خلفه وان كان منفردا فموضع سجوده من كل جانب
وان جن او نام فاحتلم او اغمي عليه استقبل لانه يندر وجود هذه العوارض
فلم يكن في معنى ما ورد به النص وكذلك لو قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو قاطع وان
حصر الامام عن القراءة فقدم غيره اجزأهم عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجزيهم
لانه يندر وجوده ولان الاستخلاف لعلة العجز وهو ههنا الزم والعجز عن
القراءة غير نادر ولو قرأ مقدار ما يجوز به الصلوة لا يجوز بالاجماع لعدم
الحاجة الى الاستخلاف فان سبقه الحدث بعد التشهد توضأ وسلم لان التسليم
واجب فلا بد من التوضي ليأتي به وان تعمد الحدث في هذه الحالة او تكلم او عمل
عملا ينافي الصلوة تمت صلوته لانه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة
عليه لانه لم يبق عليه شيء من الاركان فان رأى المتيمم الماء في صلوته بطلت
صلوته وقد مر من قبل فان رآه بعد ما قعد قدر التشهد او كان ماسحا فانقضت
مدة مسحه او خلع خفيه بعمل يسير او كان اميا فتعلم سورة او عريانا فوجد
ثوبا او موميا فقدر على الركوع والسجود او تذكر فائتة عليه قبل هذه او احدث
الامام القاري فاستخلف اميا او طلعت الشمس في الفجر او دخل وقت العصر
في الجمعة او كان ماسحا على الجبيرة فسقطت عن برء او كان صاحب عذر فانقطع
عذره كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت الصلوة في قول ابي حنيفة رح وقيل الاصل
فيه ان الخروج عن الصلوة بصنع المصلي فرض عند ابي حنيفة رح وليس بفرض عندهما
فاعتراض هذه العوارض عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال الصلوة
وعندهما كاعتراضها بعد التسليم لهما ما رويناه من حديث ابن مسعود رض وله انه لا
يمكنه اداء صلوة اخرى الا بالخروج من هذه الصلوة وما لا يتوصل الى الفرض
الا به يكون فرضا ومعنى قوله تمت قاربت التمام والاستخلاف ليس بمفسد حتى
يجوز في حق القاري وانما الفساد ضرورة حكم شرعي وهو عدم صلاحية الامامة

ومن اقتدى بالامام بعد ما صلى ركعة فاحدث الامام فقدمه اجزاه لوجود المشاركة
في التحريمة والاولى للامام ان يقدم مدركا لانه اقدر على اتمام صلوته وينبغي لهذا
المسبوق ان لا يتقدم لعجزه عن التسليم ولو تقدم يبتدي من حيث انتهى اليه
الامام لقيامه مقامه واذا انتهى الى السلام يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم
صلوة الامام قهقه او احدث متعمدا او تكلم او خرج من المسجد فسدت صلوته وصلوة
القوم تامة لان المفسد في حقه وجد في خلال الصلوة وفي حقهم بعد تمام اركانها
والامام الاول ان كان فرغ لا يفسد صلوته وان لم يفرغ يفسد وهو الاصح وان لم
يحدث الامام الاول وقعد قدر التشهد ثم قهقه او احدث متعمدا فسدت صلوة
الذي لم يدرك اول صلوته عند ابي حنيفة رح وقالا لا تفسد وان تكلم او خرج من
المسجد لم تفسد في قولهم جميعا لهما ان صلوة المقتدي بناء على صلوة الامام
جوازا وفسادا ولم تفسد صلوة الامام فكذا صلوته فصار كالسلام والكلام وله
ان القهقهة مفسدة للجزء الذي يلاقيه من صلوة الامام فتفسد مثله من صلوة المقتدي
غير ان الامام لا يحتاج الى البناء والمسبوق يحتاج اليه والبناء على الفاسد
فاسد بخلاف السلام لانه منه والكلام في معناه وينتقض وضوء الامام لوجود
القهقهة في حرمة الصلوة ومن احدث في ركوعه او سجوده توضأ وبنى
ولا يعتد بالتي احدث فيها لان اتمام الركن بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق
فلا بد من الاعادة ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على الركوع لانه يمكنه
الاتمام بالاستدامة ولو تذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة فانحط من
ركوعه او رفع راسه من سجوده فسجدها فانه يعيد الركوع والسجود وهذا بيان
الاولى لتقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن وان لم يعد اجزاه لان الانتقال
مع الطهارة شرط وعن ابي يوسف رح انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض عنده
ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من المسجد فالماموم امام نوى او لم ينو
لما فيه من صيانة الصلوة وتعيين الاول لقطع المزاحمة ولا مزاحمة ههنا ويتم الاول
صلوته مقتديا بالثاني كما اذا استخلفه حقيقة ولو لم يكن خلفه الا صبي
او امرأة قيل تفسد صلوته لاستخلاف من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه
لم يوجد الاستخلاف قصدا وهو لا يصلح للامامة

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

ومن تكلم في صلوته عامدا او ساهيا بطلت صلوته خلافا

و وان تكلم في صلوته ساهيا او عامدا بطلت صلوته وقال الشافعي ان كان قليلا ساهيا لا تبطل لقوله عم رفع عنكم الخطاء والنسيان ولنا قوله عم لمعاوية
بن حكم السلمي ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس انما هي تكبير وتسبيح وقراءة وقال دم الكلام ينقض الصلوة في الوضوء قال قيل لم يامر
معاوية بالاعادة قلنا انما لم يامره لان نسخ الكلام ثبت بعده ابن زاهد

للشافعي رح في الخطاء والنسيان ومفزعه الحديث المشهور ولنا قوله عليه السلام
ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وانما هي التسبيح والتهليل
وقراءة القران وما رواه محمول على رفع الاثم بخلاف السلام ساهيا لانه من
الاذكار فيعتبر ذكرا في حالة النسيان وكلاما في حالة التعمد لما فيه من كاف
الخطاب فان ان فيها او تاوه او بكى فارتفع بكاؤه فان كان من ذكر الجنة
او النار لم يقطعها لانه يدل على زيادة الخشوع وان كان من وجع او مصيبة
قطعها لان فيه اظهار الجزع والتاسف فكان من كلام الناس وعن ابي يوسف
ان قوله آه لم تفسد في الحالين واوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة
اذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان او احدهما لا تفسد وان كانتا اصليتين
تفسد وحروف الزوائد جمعوها في قولهم اليوم تنساه وهذا لا يقوى لان
كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء وافهام المعنى ويتحقق ذلك في
حروف كلها زوائد وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل به
الحروف ينبغي ان تفسد عندهما وان كان بعذر فهو عفو كالعطاس والجشاء
اذا حصل به حروف ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو في الصلوة فسدت
صلوته لانه يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس
او السامع الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف جوابا وان استفتح ففتح عليه
في صلوته فسدت صلوته ومعناه ان يفتح المصلي على غير امامه لانه تعليم
وتعلم فكان من كلام الناس ثم شرط التكرار في الاصل لانه ليس من اعمال الصلوة
فيعفى القليل منه ولم يشترط في الجامع الصغير لان الكلام بنفسه قاطع وان
فتح على امامه لم يكن كلاما استحسانا لانه مضطر الى اصلاح صلوته
فكان هذا من اعمال الصلوة معنى وينوي الفتح على امامه دون القراءة هو
الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع عنه ولو كان الامام انتقل الى آية اخرى
تفسد صلوة الفاتح وتفسد صلوة الامام لو اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن
من غير ضرورة وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وللامام ان لا يلجئهم اليه
بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى آية اخرى ولو اجاب رجلا في الصلوة بلا اله
الا الله فهذا كلام مفسد عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يكون مفسدا
وهذا الخلاف فيما اذا اراد به جوابه له انه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته

ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت
والاسترجاع على الخلاف في الصحيح وان اراد اعلامه انه في الصلوة لم يفسد
بالاجماع لقوله عم اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة فليسبح ومن صلى ركعة
من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع فقد نقض الظهر لانه صح شروعه في غيره
فيخرج عنه ولو افتتح الظهر بعدما صلى منها ركعة فهي هي ويجتزئ بتلك الركعة
لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته فبقي المنوي على حاله واذا قرأ
الامام من المصحف فسدت صلوته عند ابي حنيفة رح وقالا هي تامة لانها عبادة
انضافت الى عبادة الا انه يكره لانه تشبه بصنيع اهل الكتاب ولابي حنيفة ان حمل
المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه تلقن من المصحف فصار
كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا لا فرق بين المحمول والموضوع وعلى الاول يفترق
ولو نظر الى مكتوب وفهمه فالصحيح انه لا تفسد صلوته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف
ان لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد لان المقصود هنالك الفهم
اما فساد الصلوة فبالعمل الكثير وان مرت امرأة بين يدي المصلي لم تقطع
الصلوة لقوله عم لا يقطع الصلوة مرور شيء الا ان المار آثم لقوله عليه السلام
لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من الوزر لوقف اربعين وانما يأثم اذا
مر في موضع سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما حائل وتحاذي اعضاؤه المار اعضاءه
لو كان يصلي على الدكان وينبغي لمن يصلي في الصحراء ان يتخذ امامه سترة
لقوله عم اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة ومقدارها
ذراع فصاعدا لقوله عم ايعجز احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون امامه مثل
مؤخرة الرحل وقيل ينبغي ان يكون في غلظ الاصبع لان ما دونه لا يبدو
للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود به ويقرب من السترة لقوله عم من صلى
الى سترة فليدن منها ويجعل السترة على حاجبه الايمن او على الايسر به
ورد الاثر وسترة الامام سترة للقوم لانه عم صلى ببطحاء مكة الى عنزة
ولم يكن للقوم سترة ويعتبر الغرز دون الالقاء والخط لان المقصود لا يحصل
به ويدرأ المار اذا لم يكن بين يديه سترة او مر بينه وبين السترة لقوله عم
فادرؤا ما استطعتم ويدرأ بالاشارة كما فعل النبي عم بولدي ام سلمة رض
او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل ويكره الجمع بينهما لان باحدهما كفاية **فصل**

فصل ويكره للمصلي ان يعبث بثوبه او بجسده لقوله عم ان الله تعالى كره لكم
ثلثا وذكر منها العبث في الصلوة ولان العبث خارج الصلوة حرام فما ظنك
في الصلوة ولا يقلب الحصى لانه نوع عبث الا ان لا يمكنه من السجود فيسويه مرة
واحدة لقوله عم مرة يا ابا ذر والا فذر ولان فيه اصلاح صلوته ولا يفرقع اصابعه
لقوله عم لا تفرقع اصابعك وانت تصلي ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة
لانه عم نهى عن التخصر في الصلوة ولان فيه ترك الوضع المسنون ولا يلتفت
لقوله عم لو علم المصلي من يناجي ما التفت ولو نظر بمؤخر عينيه يمنة ويسرة من غير
ان يلوي عنقه لا يكره لانه عم كان يلاحظ اصحابه في صلوته بموق عينيه ولا يقعي
ولا يفترش ذراعيه لقول ابي ذر رض نهاني خليلي عم عن ثلث ان انقر نقر الديك
وان اقعي اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب والاقعاء ان يضع اليتيه
على الارض وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح ولا يرد السلام بلسانه لانه كلام ولا بيده
لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلوته ولا يتربع الا من عذر لان
فيه ترك سنة القعود ولا يعقص شعره وهو ان يجمع شعره على هامته ويشده بخيط
او بصمغ ليتلبد فقد روى انه عم نهى ان يصلي الرجل وهو معقوص ولا يكف ثوبه
لانه نوع تجبر ولا يسدل ثوبه لانه عم نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على رأسه
وكتفيه ثم يرسل اطرافه من جوانبه ولا يأكل ولا يشرب لانه ليس من اعمال الصلوة
فان اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلوته لانه عمل كثير وحالة الصلوة
مذكرة ولا بأس بان يكون مقام الامام في المسجد وسجوده في الطاق ويكره ان يقوم
في الطاق لانه يشبه صنيع اهل الكتاب من حيث تخصيص الامام بالمكان بخلاف ما اذا
كان سجوده في الطاق ويكره ان يكون الامام وحده على الدكان لما قلنا وكذا
على القلب في ظاهر الرواية لانه ازدراء بالامام ولا بأس بان يصلي الى ظهر رجل
قاعد يتحدث لان ابن عمر رضي الله عنهما ربما كان يستتر بنافع في بعض اسفاره
ولا بأس بان يصلي وبين يديه مصحف معلق او سيف معلق لانهما لا يعبدان وباعتباره
يثبت الكراهة ولا بأس بان يصلي على بساط فيه تصاوير لان فيه
استهانة بالصورة ولا يسجد على التصاوير لانه يشبه عبادة الصورة واطلق
الكراهية في الاصل لان المصلي معظم ويكره ان يكون فوق رأسه في السقف
او بين يديه او بحذائه تصاوير او صورة معلقة لحديث جبريل عليه السلام

انه لا تدخل بيتا فيه كلب او صورة ولو كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبدو
للناظرين لا يكره لان الصغار جدا لا تعبد واذا كان التمثال مقطوع الرأس
اي ممحو الرأس فليس بتمثال لانه لا يعبد بدون الرأس وصار كما اذا صلى الى شمع
او سراج على ما قالوا ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة او على بساط مفروش
لا يكره لانها تداس وتوطأ بخلاف ما اذا كان الوسادة منصوبة او كانت على
الستر لانه تعظيم لها واشدها كراهة ان يكون امام المصلي ثم من فوق رأسه
ثم على يمينه ثم على شماله ثم من خلفه ولو لبس ثوبا فيه تصاوير يكره لانه يشبه حامل
الصنم والصلوة جائزة في جميع ذلك لاستجماع شرائطها وتعاد على وجه
غير مكروه وهو الحكم في كل صلوة اديت مع الكراهة ولا يكره تمثال غير
ذي الروح لانه لا يعبد ولا بأس بقتل الحية والعقرب في الصلوة لقوله عم
اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلوة ولان فيه ازالة الشغل فاشبه درء
المار ويستوي جميع انواع الحيات لاطلاق ما روينا هو الصحيح ويكره عد
الآي والتسبيح باليد في الصلوة وكذلك عد السورة لان ذلك ليس من اعمال
الصلوة وعن ابي يوسف ومحمد انه لا بأس بذلك في الفرائض والنوافل جميعا مراعاة
لسنة القراءة والعمل بما جاءت به السنة قلنا يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع
فيستغني عن العد بعده **فصل** ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء
لانه عم نهى عن ذلك والاستدبار يكره في رواية لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره
في رواية لان المستدبر فرجه غير مواز للقبلة وما ينحط منه ينحط الى الارض
بخلاف المستقبل لان فرجه مواز لها وما ينحط منه ينحط اليها ويكره المجامعة
فوق المسجد والبول والتخلي لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه
بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف بالصعود عليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه ولا
بأس بالبول فوق بيت فيه مسجد والمراد ما اعد للصلوة في البيت لانه لم يأخذ
حكم المسجد وان ندبنا اليه ويكره ان يغلق باب المسجد لانه يشبه المنع من الصلوة
وقيل لا بأس به اذا خيف على متاع المسجد في غير اوان الصلوة ولا بأس
بان ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب وقوله لا بأس يشير الى انه
لا يؤجر عليه لكنه لا يأثم به وقيل هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه اما
المتولي يفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش

النقش حتى لو فعل يضمن

باب صلوة الوتر

الوتر واجب عند ابي حنيفة
وقالا سنة لظهور آثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولابي
حنيفة قوله عم ان الله تعالى زادكم صلوة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء
الى طلوع الفجر امر وهو للوجوب ولهذا وجب القضاء بالاجماع وانما لا يكفر
جاحده لان وجوبه ثبت بالسنة وهو المعني بما روي عنه انه سنة وهو يؤدى
في وقت العشاء فاكتفي باذانه واقامته **قال** الوتر ثلث ركعات لا يفصل بينهن
بسلام لما روت عائشة رضي الله عنها انه عم كان يوتر بثلث وحكى الحسن اجماع المسلمين
على الثلث وهذا احد اقوال الشافعي رح وفي قول يوتر بتسليمتين وهو
قول مالك رح والحجة عليهما ما رويناه ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال
الشافعي رح بعده لما روي انه عم قنت في آخر الوتر وهو بعد الركوع ولنا
ما روي انه عم قنت قبل الركوع وما زاد على نصف الشيء آخره ويقنت في جميع
السنة خلافا للشافعي رح في غير النصف الاخير من رمضان لقوله عليه السلام
للحسن بن علي حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل ويقرأ في كل
ركعة من الوتر فاتحة الكتاب وسورة لقوله تع فاقرؤا ما تيسر من القرآن واذا
اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عم لا ترفع
الايدي الا في سبع مواطن وذكر منها القنوت ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا
للشافعي رح في الفجر لما روى ابن مسعود رضي الله عنه انه عم قنت في صلوة الفجر شهرا ثم تركه
فان قنت الامام في صلوة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف
يتابعه لانه تبع لامامه والقنوت مجتهد فيه ولهما انه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف
قائما ليتابعه فيما تجب متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك
الداعي والاول اظهر ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوي وعلى المتابعة
في قراءة القنوت في الوتر واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلوته كالفصد
وغيره لا يجزيه الاقتداء به والمختار في القنوت الاخفاء لانه دعاء

باب النوافل

السنة ركعتان قبل الفجر واربع قبل الظهر وبعدها ركعتان واربع
قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان بعد المغرب واربع قبل العشاء
واربع بعدها وان شاء ركعتين والاصل فيه قوله عم من ثابر على ثنتي عشرة
ركعة في اليوم والليلة بنى الله له بيتا في الجنة وفسر على نحو ما ذكر في الكتاب غير

انه لم يذكر الاربع قبل العصر فلهذا استحسنه الاصل حسنا وخيّر لاختلاف
الآثار وفي الافضل هو الاربع ومحمد لم يذكر الاربع قبل العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم
المواظبة وذكر فيه ركعتين بعد العشاء وفي غيره ذكر الاربع ولهذا خيّر الا ان الاربع
افضل خصوصا عند ابي حنيفة على ما عرف من مذهبه والاربع قبل الظهر بتسليمة
واحدة عندنا كذا قاله النبي عم وفيه خلاف الشافعي قال رح ونوافل النهار ان شاء صلى
ركعتين بتسليمة وان شاء اربعا ويكره الزيادة على ذلك فاما نافلة الليل قال
ابو حنيفة رح ان صلى ثماني ركعات بتسليمة واحدة جاز ويكره الزيادة على
ذلك وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة واحدة وفي الجامع الصغير لم يذكر
الثماني في صلوة الليل ودليل الكراهة انه عم لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد
تعليما للجواز والافضل في الليل عند ابي يوسف ومحمد مثنى مثنى وفي النهار اربع
اربع وعند الشافعي رح فيهما مثنى مثنى وعند ابي حنيفة فيهما اربع اربع للشافعي رح
قوله عم صلوة الليل والنهار مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولابي حنيفة
انه عليه السلام كان يصلي بعد العشاء اربعا رواه عائشة رض وكان النبي عم
يواظب على الاربع في الضحى ولانه ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقة وازيد فضيلة
ولهذا لو نذر ان يصلي اربعا بتسليمة لا يخرج عنه بتسليمتين لان الاربع بتسليمة
اشق فلا يخرج عن العهدة بالاخف وعلى القلب يخرج والتراويح تؤدى بجماعة
فتراعى فيها جهة التيسير ومعنى ما رواه شفعا لا وترا **فصل في القراءة** والقراءة
واجبة في الركعتين وقال الشافعي في الركعات كلها لقوله عم لا صلوة الا بقراءة
وكل ركعة صلوة وقال مالك في ثلث ركعات اقامة للاكثر مقام الكل تيسيرا
ولنا ان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما اوجبنا في الثانية استدلالا
بالاولى لانهما يتشاكلان من كل وجه فاما الاخريان فيفارقانهما في حق السقوط
بالسفر وصفة القراءة وقدرها فلا يلحقان بهما والصلوة فيما روي مذكورة
صريحا فينصرف الى الكاملة وهي الركعتان عرفا كمن حلف لا يصلي صلوة
بخلاف ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في الاخريين معناه ان شاء سكت وان
شاء قرأ وان شاء سبح كذا روي عن ابي حنيفة رح وهو المأثور عن علي
وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم الا ان الافضل ان يقرأ لانه عم داوم على
ذلك ولهذا لا يجب السهو بتركها في ظاهر الرواية والقراءة واجبة في جميع ركعات

النفل وفي جميع الوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلوة على حدة والقيام
الى الثالثة كتحريمة مبتدأة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان في المشهور
ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر فللاحتياط ومن شرع في نافلة ثم
افسدها قضاها وقال الشافعي رح لا قضاء عليه لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع
ولنا ان المؤدى وقع قربة فيلزمه الاتمام ضرورة صيانته عن البطلان وان
صلى اربعا وقرأ في الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين قضى ركعتين لان
الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة فيكون ملزما هذا
اذا افسد الاخريين بعد الشروع فيهما ولو افسد قبل الشروع في الشفع الثاني
لا يقضي الاخريين وعن ابي يوسف انه يقضي اعتبارا للشروع بالنذر ولهما ان
الشروع يلزم ما شرع فيه وما لا صحة له الا به وصحة الشفع الاول لا يتعلق بالثاني بخلاف
الركعة الثانية وعلى هذا سنة الظهر لانها نافلة وقيل يقضي اربعا احتياطا
لانها بمنزلة صلوة واحدة وان صلى اربعا ولم يقرأ فيهن شيئا اعاد ركعتين
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يقضي اربعا وهذه المسئلة على ثمانية
اوجه والاصل فيها ان عند محمد ترك القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب
بطلان التحريمة لانها تعقد للافعال وعند ابي يوسف ترك القراءة في الشفع الاول
لا يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب فساد الاداء لان القراءة ركن زائد الا ترى ان
للصلوة وجودا بدونها غير انه لا صحة للاداء الا بها وفساد الاداء لا يزيد على تركه
فلا يبطل التحريمة وعند ابي حنيفة ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان التحريمة
وفي احديهما لا يوجب لان كل شفع من التطوع صلوة على حدة وفساده بترك
القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد في حق وجوب القضاء و
حكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا اذا ثبت هذا فنقول اذا لم
يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع
الاول عندهما فلم يصح الشروع في الشفع الثاني وبقيت عند ابي يوسف فصح الشروع
في الشفع الثاني ثم فسد الكل بترك القراءة فيه فعليه قضاء الاربع عنده ولو قرأ
في الاوليين لا غير فعليه قضاء الاخريين بالاجماع لان التحريمة لم تبطل فصح
الشروع في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الاول
ولو قرأ في الاخريين لا غير فعليه قضاء الاوليين بالاجماع لان عندهما لم يصح

الشروع في الشفع الثاني وعند ابي يوسف رح ان صح فعداه اما ولو قرا في
الاوليين واحدى الاخريين فعليه قضاء الاخريين بالاجماع ولو قرا في الاخريين
واحدى الاوليين فعليه قضاء الاوليين بالاجماع ولو قرا في احدى الاوليين
واحدى الاخريين على قول ابي يوسف عليه قضاء الاربع وكذا عند ابي حنيفة رح
لان التحريمة باقية وعند محمد عليه قضاء الاوليين لان التحريمة قد ارتفعت عنده
وقد انكر ابو يوسف عليه هذه الرواية عنه وقال رويت لك عن ابي حنيفة رح انه
يلزمه قضاء ركعتين ومحمد لم يرجع عن روايته عنه ولو قرا في احدى الاوليين
لا غير قضى اربعا عندهما وعند محمد ركعتين ولو قرا في احدى الاخريين لا غير
قضى اربعا عند ابي يوسف وعندهما ركعتين قال وتفسير قوله عم لا يصلى بعد صلوة
مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون بيان فرضية القراءة
في ركعات النفل كلها ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة على القيام لقوله عم
صلوة القاعد على النصف من صلوة القائم ولان الصلوة خير موضوع فربما
يشق عليه القيام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه واختلفوا في كيفية القعود
والمختار ان يقعد كما يقعد في حالة التشهد لانه عهد مشروعا في الصلوة وان
افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند ابي حنيفة رح وهذا استحسان وعندهما
لا يجزيه وهو قياس لان الشروع معتبر بالنذر وله انه لم يباشر القيام فيما بقي
ولما باشر صح بدونه بخلاف النذر لانه التزمه نصا حتى لو لم ينص على القيام
لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته الى اي
جهة توجهت يومي ايماء لحديث ابن عمر رض قال رايت النبي عم يصلي على حمار
وهو متوجه الى خيبر يومي ايماء ولان النوافل غير مختصة بوقت فلو الزمناه
النزول والاستقبال تنقطع عنه النافلة او ينقطع هو عن القافلة اما الفرائض
مختصة بوقت والسنن الرواتب نوافل وعن ابي حنيفة رح انه ينزل لسنة
الفجر لانها آكد من سائرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر
والجواز في المصر وعن ابي يوسف رح انه يجوز في المصر ايضا ووجه الظاهر
ان النص ورد خارج المصر والحاجة الى الركوب فيه اغلب فان افتتح التطوع
راكبا ثم نزل يبني وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل لان احرام الراكب انعقد
مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول فان اتى بهما صح واحرام النازل

النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود فلا يقدر على ترك ما لزمه من غير عذر
وعن ابي يوسف انه يستقبل اذا نزل ايضا وكذا عن محمد اذا نزل بعد ما صلى ركعة والاصح
هو الظاهر

فصل في قيام رمضان

يستحب ان يجتمع الناس في شهر رمضان
بعد العشاء فيصلي بهم امامهم خمس ترويحات في كل ترويحة تسليمتان ويجلس
بين كل ترويحتين مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظ الاستحباب والاصح
انها سنة كذا روى الحسن عن ابي حنيفة رح لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون
والنبي عم بين العذر في ترك المواظبة وهو خشية ان تكتب علينا فالسنة فيها
الجماعة لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل المسجد عن اقامتها كانوا مسيئين
ولو اقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لان افراد الصحابة
رضي الله عنهم يروى عنهم التخلف والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار
الترويحة وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة اهل الحرمين واستحسن البعض
الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح وقوله ثم يوتر بهم يشير الى ان وقتها
بعد العشاء قبل الوتر وبه قال عامة المشايخ والاصح ان وقتها بعد العشاء
الى آخر الليل قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد العشاء ولم يذكر قدر
القراءة فيها واكثر المشايخ على ان السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم
بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة ولا يصلي الوتر
بجماعة في غير شهر رمضان عليه اجماع المسلمين

باب ادراك الفريضة

ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت يصلي اخرى صيانة للمؤدى عن البطلان ثم
يدخل مع القوم احرازا لفضيلة الجماعة وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع
ويشرع مع الامام هو الصحيح لانه بمحل الرفض والقطع للاكمال بخلاف اذا
كان في النفل لانه ليس للاكمال ولو كان في السنة قبل الظهر او الجمعة فاقيم او
خطب الامام يقطع على راس الركعتين يروى ذلك عن ابي يوسف وقد قيل يتمها
وان كان قد صلى ثلاثا من الظهر يتمها لان للاكثر حكم الكل فلا يحتمل الرفض
بخلاف ما اذا كان في الثالثة بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها لانه محل
الرفض ويتخير ان شاء عاد فقعد وسلم وان شاء كبر قائما ينوي الدخول
في صلوة الامام واذا اتمها يدخل مع القوم والذي يصلي معهم نافلة لان الفرض
لا يتكرر في وقت واحد فان صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع ويدخل لانه لو

اضاف اليها ركعة اخرى تفوته الجماعة وكذا اذا قام الى الثالثة قبل ان يقيدها
بالسجدة وبعد الاتمام لا يشرع في صلوة الامام لكراهية التنفل وكذا بعد العصر
لما قلنا وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية لان التنفل بالثلاث مكروه وفي جعلها
اربعا مخالفة لامامه ومن دخل مسجدا قد اذن فيه يكره له ان يخرج حتى يصلي
لقوله عم لا يخرج من المسجد بعد النداء الا منافق او رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع
قال الا اذا كان ينتظم به امر جماعة لانه ترك صورة وهو تكميل معنى وان كان قد صلى
وكانت الظهر او العشاء فلا باس بان يخرج لانه اجاب داعي الله مرة الا اذا اخذ
المؤذن في الاقامة لانه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا وان كانت العصر او المغرب
او الفجر خرج وان اخذ فيها لكراهة التنفل بعدها ومن انتهى الى الامام في صلوة
الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر ان خشي ان تفوته ركعة ويدرك الاخرى يصلي
ركعتي الفجر عند باب المسجد ثم يدخل لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين وان خشي
فوتهما دخل مع الامام لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك الزم بخلاف سنة
الظهر حيث يتركها في الحالين لانه يمكنه اداؤها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح
وانما الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد رح في تقديمها على الركعتين وتاخيرها عنهما
ولا كذلك سنة الفجر على ما نبين والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهة
في المسجد اذا كان الامام في الصلوة والافضل في عامة السنن والنوافل المنزل
هو المروي عن النبي عم قال واذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع
الشمس لانه يبقى نفلا مطلقا وهو مكروه بعد الصبح ولا بعد ارتفاعها عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد احب الي ان يقضيهما الى وقت الزوال لانه عم
قضاهما بعد طلوع الشمس غداة ليلة التعريس ولهما ان الاصل في السنة ان لا
تقضى لاختصاص القضاء بالواجب والحديث ورد في قضائهما تبعا للفرض
فبقي ما وراءه على الاصل وانما تقضى تبعا له وهو يصلي بالجماعة او وحده الى وقت
الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ واما سائر السنن سواها بعد الوقت فلا تقضى
وحدها واختلف المشايخ في قضائها تبعا للفرض ومن ادرك من الظهر ركعة
ولم يدرك الثلث فانه لم يصل الظهر بجماعة وقال محمد قد ادرك فضل الجماعة
لان من ادرك اخر الشيء فقد ادركه فصار محرزا ثواب الجماعة لكنه لم يصلها بالجماعة
حقيقة ولهذا يحنث به في يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث في يمينه لا يصلي الظهر

الظهر بالجماعة ومن اتى مسجدا قد صلي فيه فلا باس ان يتطوع قبل المكتوبة
ما بدا له ما دام في الوقت ومراده اذا كان في الوقت سعة وان كان فيه ضيق تركه
قيل هذا في غير سنة الظهر والفجر لان لهما زيادة مزية قال عليه السلام في سنة الفجر
صلوها وان طردتكم الخيل وقال في الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر
لم تنله شفاعتي وقيل هذا في الجميع لانه عم واظب عليها عند اداء المكتوبات
بالجماعة ولا سنة دون المواظبة والاولى ان لا يتركها في الاحوال كلها لكونها
مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت ومن انتهى الى الامام في ركوعه فكبر
ووقف حتى رفع الامام راسه لا يصير مدركا لتلك الركعة خلافا لزفر هو يقول
ادرك الامام فيما له حكم القيام ولنا ان الشرط هو المشاركة في افعال الصلوة
ولم يوجد لا في القيام ولا في الركوع ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه فيه جاز
وقال زفر لا يجزيه لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا ما يبنيه عليه ولنا
ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد كما في الطرف الاول

باب قضاء الفوائت

ومن فاتته صلوة قضاها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل ان
الترتيب بين الفوائت وفرض الوقت عندنا مستحق وعند الشافعي مستحب
لان كل فرض اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عم من نام عن صلوة
او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها
ثم ليعد التي صلى مع الامام ولو خاف فوت الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها
لان الترتيب يسقط بضيق الوقت وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت كيلا يؤدي
الى تفويت الوقتية ولو قدم الفائتة جاز لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيره
بخلاف ما اذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لانه اداها قبل
وقتها الثابت بالحديث ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل
لان النبي عم شغل عن اربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبا ثم قال
صلوا كما رايتموني اصلي الا ان تزيد الفوائت على ست صلوات لان الفوائت
قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت انفسها كما يسقط بينها وبين
الوقتية وحد الكثرة ان تصير الفوائت ستا بخروج وقت الصلوة السادسة
وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير وهو قوله وان فاتته اكثر من صلوة يوم
وليلة اجزته التي بدا بها لانه اذا زاد على يوم وليلة تصير ستا وعن محمد رح انه

اعتبروا دخول وقت السادسة والاول هو الصحيح لان الكثرة بالدخول حد التكرار وذلك في الاول ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا له عن التهاون ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه يروى عن محمد فيمن ترك صلوة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وان اخرها فكذلك الا العشاء الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها ومن صلى العصر وهو ذاكر انه لم يصل الظهر فهي فاسدة الا اذا كان في آخر الوقت وهي مسئلة الترتيب واذا فسدت الفرضية لا يبطل اصل الصلوة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد يبطل لان التحريمة عقدت للفرض فاذا بطلت الفرضية بطلت ولهما انها عقدت لاصل الصلوة بوصف الفرضية فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر يفسد فسادا موقوفا حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يفسد فسادا باتا لا جواز له بحال وقد عرف ذلك في موضعه ولو صلى الفجر وهو ذاكر انه لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة خلافا لهما وهذا بناء على ان الوتر واجب عنده سنة عندهما ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن وعلى هذا اذا صلى العشاء بغير طهارة فعنده يعيد العشاء والسنة دون الوتر وعندهما يعيد الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء

باب سجود السهو

يسجد للسهو في الزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام ثم يتشهد ثم يسلم وعند الشافعي رح يسجد قبل السلام لما روي انه عم سجد للسهو قبل السلام ولنا قوله عم لكل سهو سجدتان بعد السلام وروي انه عم سجد سجدتين للسهو بعد السلام فتعارضت روايتا فعله وبقي التمسك بقوله ولان سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى لو سها عن السلام ينجبر به وهذا الخلاف في الاولوية ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام المذكور الى ما هو المعهود ويأتي بالصلوة على النبي عم والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح لان الدعاء موضعه آخر الصلوة قال ويلزمه السهو اذا زاد في صلوته فعلا من جنسها ليس منها وهذا يدل على ان سجدة السهو واجبة وهو

الصحيح لانها تجب لجبر نقصان تمكن في العبادة فيكون واجبا كالدماء في الحج واذا كان واجبا لا يجب الا بترك واجب او تأخيره او تأخير ركن ساهيا هذا هو الاصل وانما وجب بالزيادة لانها لا تعرى عن تأخير ركن او ترك واجب قال ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا كانه اراد به فعلا واجبا الا انه اراد بتسميته سنة ان وجوبها بالسنة قال او ترك قراءة الفاتحة لانها واجبة او القنوت او التشهد او تكبيرات العيدين لانها واجبات فانه عم واظب عليها من غير تركها مرة وهي امارة الوجوب ولانها تضاف الى جميع الصلوة فيدل على انها من خصائصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما وكل ذلك واجب وفيها سجدة هو الصحيح ولو جهر الامام فيما يخافت او خافت فيما يجهر يلزمه سجدتا السهو لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات واختلفت الرواية في المقدار والاصح قدر ما تجوز به الصلوة في الفصلين لان اليسير من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير يمكن وما تصح به الصلوة كثير غير ان ذلك عنده آية واحدة وعندهما ثلث آيات وهذا في الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة قال وسهو الامام يوجب على المؤتم السجود لتقرر السبب الموجب في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا لامامه وما التزم الاداء الا متابعا فان سها المؤتم لم يلزم الامام ولا المؤتم السجود لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام ينقلب الاصل تبعا ومن سها عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى حالة القعود اقرب عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء يأخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو للتأخير والاصح انه لا يسجد كما اذا لم يقم ولو كان الى القيام اقرب لم يعد لانه كالقائم معنى ويسجد للسهو لانه ترك الواجب وان سها عن القعدة الاخيرة حتى قام الى الخامسة رجع الى القعدة ما لم يسجد لان فيه اصلاح صلوته وامكنه ذلك لان ما دون الركعة بمحل الرفض والغى الخامسة لانه رجع الى شيء محله قبلها فترتفض ويسجد للسهو لانه اخر واجبا وان قيد الخامسة بالسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي لانه استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لان الركعة بسجدة واحدة صلوة حقيقة حتى يحنث بها

في بنية لا يصلي وتحولت صلوته نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد على
ما مر فيضم اليها ركعة سادسة وان لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون ثم انما يبطل
فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف لانه سجود كامل وعند محمد برفعه لان تمام الشيء
باخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا سبقه الحدث
في السجود يبني عند محمد خلافا لابي يوسف ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم يسلم
عاد الى القعود ما لم يسجد للخامسة ويسلم لان التسليم في حالة القيام غير مشروع
وامكنه الاقامة على وجهه بالقعود لان ما دون الركعة بمحل الرفض فان قيد
الخامسة بالسجدة ثم تذكر ضم اليها ركعة اخرى ثم فرضه لان الباقي اصابة
لفظة السلام وهي واجبة وانما يضم اليها ركعة اخرى لتصير الركعتان نفلا
لان الركعة الواحدة لا تجزي لنهيه عليه السلام عن البتيراء ثم لا تنوبان عن سنة
الظهر هو الصحيح لان المواظبة عليها بتحريمة مبتداة ويسجد للسهو استحسانا
لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على الوجه المسنون وفي النفل بالدخول
لا على الوجه المسنون ولو قطعها لا يلزمه القضاء لانه مظنون ولو اقتدى به
انسان فيهما يصلي ستا عند محمد لانه هو المؤدى بهذه التحريمة وعندهما
ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض ولو افسده المقتدي لا قضاء عليه
عند محمد اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف يقضي ركعتين لان السقوط بعارض
يخص الامام **قال** ومن صلى ركعتين تطوعا فسهى فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان
يصلي اخريين لم يبن لان السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلوة بخلاف
المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى الاقامة لانه لو لم يبن يبطل جميع الصلوة ومع
هذا لو ادى صح لبقاء التحريمة ومن سلم وعليه سجدتا السهو فدخل رجل في صلوته
بعد التسليم فان سجد الامام كان داخلا والا فلا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد هو داخل سجد الامام او لم يسجد لان عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه
عن الصلوة اصلا لانها وجبت جبرا للنقصان فلا بد ان يكون في احرام
الصلوة وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لانه محلل في نفسه وانما لا يعمل لحاجته
الى اداء السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة على اعتبار عدم العود ويظهر
الاختلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة وتغير الفرض بنية الاقامة
في هذه الحالة ومن سلم يريد قطع الصلوة وعليه سجدة السهو فعليه ان يسجد

فان قيل نية الكفر تصير مغيرا للمشروع وهو الاسلام [illegible]

يسجد لان هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت ومن شك
في صلوته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا وذلك اول ما عرض له استانف
الصلوة لقوله عم اذا شك احدكم في صلوته انه كم صلى فليستقبل الصلوة وان
كان عرض له كثيرا بنى على اكبر رايه لقوله عم من شك في صلوته فليتحر الصواب
وان لم يكن له راي بنى على اليقين لقوله عم من شك في صلوته فلم يدر اثلاثا
صلى ام اربعا بنى على الاقل والاستقبال بالسلام اولى لانه عرف محللا دون
الكلام ومجرد النية تلغو وعند البناء على الاقل يقعد في كل موضع يتوهم اخر
صلوته كيلا يكون تاركا فرض القعدة

باب صلوة المريض

واذا عجز المريض عن القيام صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عم لعمران بن الحصين
صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومي ايماء ولان
الطاعة بحسب الطاقة **قال** فان لم يستطع الركوع والسجود اومى ايماء يعني
قاعدا لانه وسع مثله وجعل سجوده اخفض من الركوع لانه قائم مقامهما
فاخذ حكمهما ولا يرفع على وجهه شيئا يسجد عليه لقوله عم ان قدرت ان تسجد
على الارض فاسجد والا فاوم برأسك فان فعل ذلك وهو يخفض رأسه اجزأه
لوجود الايماء وان وضع ذلك على جبهته لا يجزيه لانعدامه وان لم يستطع
القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه الى القبلة فاومى بالركوع والسجود
لقوله عم يصلي المريض قائما فان لم يستطع فقاعدا وان لم يستطع فعلى قفاه
يومي ايماء فان لم يستطع فالله احق بقبول العذر منه وان استلقى على جنبه
ووجهه الى القبلة فاومى جاز لما روينا من قبل الا ان الاولى هو الاول عندنا
خلافا للشافعي لان اشارة المستلقي تقع الى هواء الكعبة واشارة المضطجع
على جنبه الى جانب قدميه وبه تتادى الصلوة فان لم يستطع الايماء برأسه اخرت
عنه الصلوة ولا يومي بعينيه ولا بقلبه ولا بحاجبيه خلافا لزفر لما روينا من قبل
ولان نصب الابدال بالراي ممتنع ولا قياس على الرأس لانه يتادى به ركن الصلوة
دون العين واختيه وقوله اخرت عنه اشارة الى انه لا تسقط الصلوة وان
كان العجز اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب
بخلاف المغمى عليه وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام
ويصلي قاعدا يومي ايماء لان ركنية القيام للتوسل به الى السجدة لما فيها من

نهاية التعظيم فاذا كان لا يتعقبه السجود لا يكون ركناً فيتخير والافضل
هو الايماء قاعداً لانه اشبه بالسجود وان صلى الصحيح بعض صلوته قائماً
ثم حدث به مرض اتمها قاعداً يركع ويسجد او يومي ايماء ان لم يقدر او مستلقياً
ان لم يقدر لانه بناء الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء ومن صلى قاعداً يركع
ويسجد لمرض ثم صح بنى على صلوته قائماً عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال
محمد يستقبل بناء على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم بيانه وان صلى بعض
صلوته بايماء ثم قدر على الركوع والسجود استأنف عندهم جميعاً لانه لا يجوز
اقتداء الراكع بالمومي فكذا البناء ومن افتتح التطوع قائماً ثم اعيى لا بأس
بان يتوكأ على عصا او على حائط او يقعد لان هذا عذر وان كان
الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب وقيل لا يكره عند ابي حنيفة
لانه لو قعد عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره الاتكاء وعندهما يكره لانه
لا يجوز القعود عندهما فيكره الاتكاء وان قعد من غير عذر يكره بالاتفاق
ويجوز الصلوة عنده ولا يجوز عندهما وقد مر في باب النوافل ومن صلى في
السفينة قاعداً مع القدرة على القيام من غير عذر جاز عند ابي حنيفة
والقيام افضل وقالا لا يجوز الا من عذر لان القيام مقدور عليه فلا يترك
وله ان الغالب فيها دوران الراس فهو كالمتحقق الا ان القيام افضل
لانه ابعد من شبهة الاختلاف والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه
والخلاف في غير المربوطة والمربوطة كالشط هو الصحيح ومن اغمي عليه
خمس صلوات او دونها قضى وان كان اكثر من ذلك لم يقض وهذا استحسان
والقياس ان لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء وقت صلوة كاملاً لتحقق
العجز فاشبه الجنون وجه الاستحسان ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت
فيتحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان يزيد على يوم
وليلة لانه يدخل في حد التكرار والجنون كالاغماء كذا ذكره ابو سليمان بخلاف
النوم لان امتداده نادر فيلحق بالقاصر ثم الزيادة تعتبر من حيث
الاوقات عند محمد لان التكرار يتحقق به وعندهما من حيث الساعات
هو المأثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهم

باب في سجود التلاوة

قال سجود التلاوة في القرآن اربعة عشر في آخر الاعراف وفي الرعد والنحل
والنحل وبني اسرائيل ومريم والاولى في الحج والفرقان والنمل والم تنزيل
وص وحم السجدة والنجم واذا السماء انشقت واقرأ كذا كتب في
مصحف عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد والسجدة الثانية في الحج للصلوة
عندنا وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله لا يسأمون في قول عمر رضي
هو المأخوذ للاحتياط والسجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع
قصد سماع القرآن او لم يقصد لقوله السجدة على من سمعها وعلى من
تلاها وهي كلمة ايجاب وهو غير مقيد بالقصد واذا تلا الامام آية السجدة
سجدها وسجد المأموم معه لالتزامه متابعته واذا تلا المأموم لم يسجد الامام
ولا المأموم في الصلوة ولا بعد الفراغ عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال
محمد يسجدونها اذا فرغوا من الصلوة لان السبب قد تقرر ولا مانع بخلاف
حالة الصلوة لانه يؤدي الى خلاف موضوع الامامة او التلاوة ولهما ان
المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام عليه وتصرف المحجور لا حكم له
بخلاف الجنب والحائض لانهما منهيان عن القراءة الا انها لا يجب على الحائض
بتلاوتها كما لا يجب بسماعها لانعدام اهلية الصلوة بخلاف الجنب ولو سمعها
رجل خارج الصلوة سجدها وهو الصحيح لان الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم
وان سمعوا وهم في الصلوة من رجل ليس معهم في الصلوة لم يسجدوها في الصلوة
لانها ليست بصلاتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من افعال الصلوة
ويسجدونها بعدها لتحقق سببها ولو سجدوها في الصلوة لم يجزهم لانه ناقص
لمكان النهي فلا يتأدى به الكامل قال واعادوها لتقرر سببها ولم يعيدوا
الصلوة لان مجرد السجدة لا ينافي احرام الصلوة كالسجدة الثالثة وفي
النوادر انه يفسد صلوتهم لانهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل هو قول محمد رح
فان قرأها الامام وسمعها رجل ليس معه في الصلوة فدخل معه بعدما سجدها
الامام لم يكن عليه ان يسجدها لانه صار مدركاً لها بادراك الركعة وان دخل
معه قبل ان يسجدها سجدها معه لانه لو لم يسمعها منه يسجدها معه فهنا اولى
وان لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وكل سجدة وجبت فيها فلم يسجدها
فيها لم تقض خارج الصلوة لانها صلوتية ولها مزية الصلوة فلا تتأدى
بالناقص ومن تلى سجدة فلم يسجدها حتى دخل في الصلوة فاعادها

وسجد اجزته السجدة عن التلاوتين لان الثانية اقوى لكونها صلوتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد اخرى بعد الفراغ لان للاولى قوة السبق فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت بها وان تلاها فسجد ثم دخل في الصلوة فتلاها سجد لها لان الثانية هي المستتبعة ولا وجه الى الحاقها بالاولى لانه يؤدي الى سبق الحكم على السبب ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد اجزته سجدة واحدة وان قراها في مجلسه فسجد ثم ذهب ورجع فقراها سجد ثانية وان لم يكن سجد للاولى فعليه سجدتان والاصل ان مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرج وهو تداخل في السبب دون الحكم وهذا اليق بالعبادات والثاني بالعقوبات وامكان التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فاذا اختلف عاد الحكم الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض فهو المبطل هنالك وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وفي المنتقل من غصن الى غصن كذلك في الاصح وكذا في الدياسة للاحتياط ولو تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب لان السبب في حقه السماع وكذا اذا تبدل مجلس التالي دون السامع على ما قيل والاصح انه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع راسه اعتبارا بسجدة الصلوة وهو المروي عن ابن مسعود ولا تشهد عليه ولا سلام لان ذلك للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة قال ويكره ان يقرا السورة في الصلوة او غيرها ويدع اية السجدة لانه يشبه الاستنكاف عنها ولا باس بان يقرا اية السجدة ويدع ما سواها لانه مبادرة اليها قال محمد احب الي ان يقرا قبلها اية او ايتين دفعا لوهم التفضيل واستحسنوا اخفاءها شفقة على السامعين

باب صلوة المسافر

السفر الذي يتغير به الاحكام ان يقصد الانسان مسيرة ثلثة ايام ولياليها بسير الابل ومشي الاقدام لقوله عليه السلام يمسح المقيم كمال يوم وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها عمت الرخصة الجنس ومن ضرورته عموم التقدير وقدر ابو يوسف بيومين واكثر اليوم الثالث والشافعي بيوم وليلة في قول وكفى بالسنة حجة عليهما والسير المذكور هو الوسط وعن ابي حنيفة التقدير بالمراحل وهو قريب من الاول ولا يعتبر السير بالفراسخ هو الصحيح ولا يعتبر

بالسير في الماء معناه لا يعتبر السير في البر بما المعتبر في البحر فاما يليق بحاله كما في الجبل قال وفرض المسافر في الرباعية ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي فرضه الاربع والقصر رخصة اعتبارا بالصوم ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يؤثم على تركه وهذا اية النافلة بخلاف الصوم لانه يقضى وان صلى اربعا وقعد في الثانية قدر التشهد اجزاه ركعتان والاخريان نافلة اعتبارا بالفجر ويصير مسيئا لتاخير السلام وان لم يقعد في الثانية قدرها بطلت لاختلاط النافلة بها قبل اكمال اركانها واذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين لان الاقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الاثر عن علي لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر يوما او اكثر وان نوى اقل من ذلك قصر لانه لا بد من اعتبار مدة لان السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان وهو ماثور عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما والاثر في مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية يشير الى انه لا يصح نية الاقامة في المفازة وهو الظاهر ولو دخل مصرا على عزم ان يخرج غدا او بعد غد ولم ينو مدة الاقامة حتى بقي على ذلك سنين قصر لان ابن عمر رضي الله عنه اقام باذربيجان ستة اشهر وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة مثل ذلك واذا دخل العسكر ارض الحرب فنووا الاقامة بها قصروا وكذلك اذا حاصروا فيها مدينة او حصنا لان الداخل بين ان يهزم فيقر وبين ان ينهزم فيفر فلم يكن دار اقامة وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام في غير مصر او حاصروهم في البحر لان حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر يصح في الوجهين اذا كانت الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهرا وعند ابي يوسف يصح اذا كانوا في بيوت المدر لانه موضع اقامة ونية الاقامة من اهل الكلأ وهم اهل الاخبية قيل لا تصح والاصح انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف لان الاقامة اصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى وان اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت اتم اربعا لانه يتغير فرضه الى اربع للتبعية كما يتغير بنية الاقامة لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت وان دخل معه في فائتة لم تجزه لانه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير بنية الاقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة او القراءة

او القراءة واذا صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم واتم المقيمون صلوتهم
لان المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق الا
انه لا يقرأ في الاصح لانه مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدى فيتركها
احتياطا بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة نافلة فلم يتأد الفرض فكان
الاتيان اولى ويستحب للامام اذا سلم ان يقول اتموا صلوتكم فانا قوم سفر
لانه عم قاله حين صلى باهل مكة وهو مسافر واذا دخل المسافر في مصره اتم
الصلوة وان لم ينو الاقامة فيه لانه عم واصحابه كانوا يسافرون ويعودون الى
اوطانهم مقيمين من غير عزم جديد ومن كان له وطن فانتقل منه واستوطن
غيره ثم سافر فدخل وطنه الاول قصر لانه لم يبق وطنا له الا ترى انه عم بعد
الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا لان الاصل ان الوطن الاصلي
يبطل بمثله دون السفر ووطن الاقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالاصلي
واذا نوى المسافر ان يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما لم يتم الصلوة لان اعتبار
النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع وهو ممتنع لان السفر
لا يعرى عنه الا اذا نوى ان يقيم بالليل في احدهما فيصير مقيما بدخوله فيه
لان اقامة المرء يضاف الى مبيته ومن فاتته صلوات في السفر قضاها
في الحضر ركعتين ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر اربعا لان القضاء
بحسب الاداء والمعتبر في ذلك آخر الوقت لانه المعتبر في السببية عند عدم
الاداء والعاصي والمطيع في سفره في الرخصة سواء وقال الشافعي رح سفر
المعصية لا يفيد الرخصة لانها تثبت تخفيفا فلا يتعلق بما يوجب التغليظ
ولنا اطلاق النصوص ولان نفس السفر ليس بمعصية وانما المعصية ما يكون
بعده او يجاوره فصلح متعلق الرخصة

باب صلوة الجمعة

لا تصح الجمعة
الا في مصر جامع او في مصلى المصر ولا تجوز في القرى لقوله عم لا جمعة ولا
تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له امير
وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود وهذا عند ابي يوسف رح وعنه انهم اذا
اجتمعوا في اكبر مساجدهم لم يسعهم والاول اختيار الكرخي وهو الظاهر
والثاني اختيار الثلجي والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع افنية
المصر لانها بمنزلته في حوائج اهله وتجوز بمنى ان كان الامام امير الحجاز

او كانت الخليفة مسافرا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا جمعة
بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد بها ولهما انها تتمصر في ايام الموسم وعدم
التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا لانها فضاء وبمنى ابنية
والتقييد بالخليفة وامير الحجاز لان الولاية لهما اما امير الموسم فيلي امور الحج
لا غير ولا يجوز اقامتها الا للسلطان او لمن امره السلطان لانها تقام بجمع
عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما
لامره ومن شرائطها الوقت فتصح في وقت الظهر ولا تصح بعده لقوله عم
اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج الوقت فيها استقبل الظهر ولا يبنيه
عليها لاختلافهما ومنها الخطبة لان النبي عم ما صلاها بدون الخطبة في عمره وهي
قبل الصلوة بعد الزوال به وردت السنة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة بذلك جرى
التوارث ويخطب قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث ثم هي شرط الصلوة
فيستحب فيها الطهارة كالاذان ولو خطب قاعدا او على غير طهارة جاز لحصول
المقصود الا انه يكره لمخالفته التوارث وللفصل بينها وبين الصلوة فان
اقتصر على ذكر الله جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة
في العادة لان الخطبة هي الواجبة والتسبيحة او التحميدة لا تسمى خطبة وقال الشافعي
لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف وله قوله تع فاسعوا الى ذكر الله
من غير فصل وعن عثمان رض انه قال الحمد لله فارتج عليه فنزل وصلى ومن شرائطها
الجماعة لان الجمعة مشتقة منها واقلهم ثلثة سوى الامام عند ابي حنيفة رح وقالا
اثنان سوى الامام قال رضي الله عنه والاصح ان هذا قول ابي يوسف وحده له ان في
المثنى معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح انما هو الثلث لانه جمع
تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم وان نفر
الناس قبل ان يركع الامام ويسجد الا النساء والصبيان استقبل الظهر عند ابي حنيفة رح
وقالا اذا نفروا عنه بعدما افتتح الصلوة صلى الجمعة فان نفروا عنه بعدما ركع و
سجد سجدة بنى على الجمعة خلافا لزفر هو يقول انه شرط فلا بد من دوامه كالوقت
ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد فلا يشترط دوامها كالخطبة ولابي حنيفة رح
ان الانعقاد بالشروع في الصلوة ولا يتم ذلك الا بتمام الركعة لان ما دونها
ليس بصلوة فلا بد من دوامها اليها بخلاف الخطبة لانها تنافي الصلوة فلا يشترط

دوامها ولا معتبر ببقاء النسوان وكذا الصبيان لا تنعقد بهم الجمعة
فلا يتم بهم الجمعة ولا تجب الجمعة على مسافر ولا امرأة ولا مريض ولا عبد ولا
اعمى لان المسافر يحرج في الحضور وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول
بخدمة المولى والمرأة بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر فان
حضروا فصلوا مع الناس اجزأهم عن فرض الوقت لانهم تحملوه فصاروا
كالمسافر اذا صام ويجوز للمسافر والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة وقال زفر رح
لا يجزيه لانه لا فرض عليهم فاشبه الصبي والمرأة ولنا ان هذه رخصة فاذا حضروا
يقع فرضا على ما بيناه اما الصبي فمسلوب الاهلية والمرأة لا تصلح لامامة الرجال
وتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء بطريق الاولى ومن
صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلوة الامام ولا عذر له كره له ذلك وجازت
صلوته وقال زفر رح لا يجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة والظهر كالبدل
عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان اصل الفرض هو الظهر
في حق الكافة هذا هو الظاهر الا انه مامور باسقاطه باداء الجمعة وهذا لانه
متمكن من اداء الظهر بنفسه دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده
وعلى التمكن يدور التكليف فان بدا له ان يحضر الجمعة فتوجه والامام فيها بطل
ظهره عند ابي حنيفة رح بالسعي وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام لان السعي
دون الظهر فلا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقها فتنقضها فصار كما اذا
توجه بعد فراغ الامام وله ان السعي الى الجمعة من خصائص الجمعة فينزل منزلتها
في حق ارتفاض الظهر احتياطا بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها
ويكره ان يصلي المعذور الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن
لما فيه من الاخلال بالجمعة اذ هي جامعة للجماعات والمعذور قد يقتدي به غيره
بخلاف اهل السواد لانه لا جمعة عليهم ولو صلى قوم اجزأهم لاجتماع شرائطه
ومن ادرك الامام يوم الجمعة صلى معه ما ادرك وبنى عليها الجمعة لقوله عليه السلام
ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا وان ادركه في التشهد او في سجود السهو
بنى عليها الجمعة عندهما وقال محمد رح ان ادرك معه اكثر الركعة الثانية بنى عليها
الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات
بعض الشروط في حقه فيصلي اربعا اعتبارا للظهر ويقعد لا محالة على

رأس الركعتين اعتبارا للجمعة ويقرأ في الاخريين لاحتمال النفلية ولهما انه
مدرك للجمعة في هذه الحالة حتى يشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر
لانهما مختلفان فلا يبنى احدهما على تحريمة الآخر واذا خرج الامام يوم الجمعة
ترك الناس الصلوة والكلام حتى يفرغ من خطبته قال رضي الله عنه وهذا عند
ابي حنيفة وقالا لا بأس بالكلام اذا خرج الامام قبل ان يخطب واذا نزل الامام قبل
ان يكبر لان الكراهة للاخلال بفرض الاستماع ولا استماع بخلاف الصلوة لانها
قد تمتد ولابي حنيفة قوله عم اذا خرج الامام فلا صلوة ولا كلام من غير فصل
ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه الصلوة واذا اذن المؤذن الاذان الاول
ترك الناس البيع وتوجهوا الى الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع
واذا صعد الامام المنبر جلس واذن المؤذنون بين يدي المنبر بذلك جرى التوارث
ولم يكن على عهد رسول الله عم الا هذا الاذان ولهذا قيل هو المعتبر في وجوب
السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر هو الاول اذا كان بعد الزوال لحصول
الاعلام به

باب صلوة العيدين

وتجب صلوة العيد على كل من تجب
عليه صلوة الجمعة وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد فالاول سنة
والثاني فريضة ولا يترك واحد منهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص على السنة
والاول على الوجوب وهذا رواية عن ابي حنيفة وجه الاول مواظبة النبي عم
عليها وجه الثاني قوله عم في حديث الاعرابي عقيب سؤاله هل علي غيرهن
قال لا الا ان تطوع والاول اصح وتسميته سنة لوجوبه بالسنة ويستحب
في يوم الفطر ان يطعم الانسان قبل الخروج الى المصلى ويغتسل ويستاك
ويتطيب لما روي انه عم كان يطعم في يوم الفطر قبل ان يخرج الى المصلى وكان
يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والتطيب كما في الجمعة
ويلبس احسن ثيابه لانه عم كانت له جبة فنك او صوف يلبسها في الاعياد
ويؤدي صدقة الفطر اغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلوة ويتوجه الى
المصلى ولا يكبر عند ابي حنيفة في طريق المصلى وعندهما يكبر اعتبارا بالاضحى
وله ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير ولا
كذلك الفطر ولا يتنفل في المصلى قبل العيد لانه عم لم يفعل مع حرصه على الصلوة
ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة وقيل فيه وفي غيره عامة لانه عم لم يفعله واذا

حلت الصلاة بارتفاع الشمس ودخل وقتها الى الزوال فاذا زالت الشمس خرج
وقتها لانه عم كان يصلي العيد والشمس على قدر رمح او رمحين ولما شهدوا بالهلال
بعد الزوال امر بالخروج الى المصلى من الغد ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر
في الاولى للافتتاح وثلثا بعدها ثم يقرا فاتحة الكتاب وسورة ويكبر تكبيرة
ويركع بها ثم يبتدي في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلثا بعدها ويكبر رابعة
يركع بها وهذا قول ابن مسعود رض وهو قولنا وقال ابن عباس رض يكبر في الاولى
للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرا وفي رواية يكبر اربعا
وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس رضي الله عنهما لامر بنيه الخلفاء فاما المذهب
فالقول الاول لان التكبير ورفع الايدي خلاف المعهود فكان الاخذ بالاقل اولى
ثم التكبيرات من اعلام الدين حتى يجهر بها فكان الاصل فيه الجمع وفي الركعة الاولى
يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية والسبق وفي الثانية
لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها والشافعي رح اخذ بقول ابن عباس رض
الا انه حمل المروي على الزوائد فصارت التكبيرات عنده خمسة عشر او ستة عشر
قال ويرفع يديه في تكبيرات العيدين يريد به ما سوى تكبيرتي الركوع لقوله عم
لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد وعن ابي يوسف رح
انه لا ترفع والحجة عليه ما رويناه ثم يخطب خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض
ويعلم فيهما صدقة الفطر واحكامها لانها شرعت لاجله ومن فاتته صلوة العيد
مع الامام لم يقضها لان الصلاة بهذه الصفة لم تعرف قربة الا بشرائط لا تتم
بالمنفرد فان غم الهلال على الناس وشهدوا عند الامام برؤية الهلال بعد الزوال
صلى العيد من الغد لان هذا تاخير بعذر وقد ورد فيه الحديث فان حدث عذر
يمنع من الصلاة في اليوم الثاني لم يصلها بعده لان الاصل فيها ان لا تقضى
كالجمعة الا انا تركناه بالحديث وقد ورد بالتاخير الى اليوم الثاني عند العذر
ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب لما ذكرنا ويؤخر الاكل حتى يفرغ من
الصلاة لما روي ان النبي عم كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع فياكل من اضحيته
ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لانه عم كان يكبر في الطريق ويصلي ركعتين كالفطر
كذلك نقل ويخطب بعدها خطبتين لانه عم كان فعل كذلك ويعلم الناس فيهما
الاضحية وتكبير التشريق لانه مشروع الوقت والخطبة ما شرعت الا لتعليم فان

فان كان عذر يمنع من الصلاة في اليوم الاضحى صلاها من الغد وبعد الغد ولا
يصليها بعد ذلك لان الصلاة مؤقتة بوقت الاضحية فيتقيد بايامها لكنه
مسيء في التاخير من غير عذر لمخالفة المنقول والتعريف الذي يصنعه الناس
ليس بشيء وهو ان يجتمع الناس يوم عرفة في بعض المواضع تشبها بالواقفين
بعرفة لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان فلا يكون دونها كسائر المناسك

فصل في تكبير التشريق ويبدا بتكبير التشريق بعد صلوة الفجر من
يوم عرفة ويختم عقيب العصر من يوم النحر عند ابي حنيفة وقالا يختم عقيب العصر
من آخر ايام التشريق والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فاخذا بقول علي
رضي الله عنه اخذا بالاكثر اذ هو الاحتياط في العبادات واخذ بقول ابن مسعود رض
اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير ان يقول مرة الله اكبر الله اكبر
لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد هذا هو المأثور عن الخليل صلى الله عليه
وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الامصار في الجماعات
المستحبة عند ابي حنيفة رح وليس على جماعات النساء اذا لم يكن معهن رجل وقالا
هو على كل من صلى المكتوبة لانه تبع للمكتوبة وله ما روينا من قبل والتشريق
هو التكبير كذا نقل عن خليل بن احمد ولان الجهر بالتكبير خلاف السنة
والشرع ورد به عند استجماع الشرائط الا انه يجب على النساء اذا اقتدين
بالرجال وعلى المسافرين عند اقتدائهم بالمقيم بطريق التبعية قال يعقوب
صليت بهم المغرب فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة دل ان الامام وان
ترك التكبير لا يدع المقتدي وهذا لانه لا يؤدى في حرمة الصلاة فلم يكن
الامام فيه حتما وانما هو مستحب

باب صلوة الكسوف اذا انكسفت الشمس
صلى الامام بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد وقال
الشافعي ركوعان له رواية عائشة رض ولنا رواية ابن عمر رض والحال اكشف
على الرجال لقربهم فكان الترجيح لروايته ويطول القراءة فيهما ويخفي عند ابي
حنيفة رح وقالا يجهر وعن محمد رح مثل قول ابي حنيفة اما التطويل في القراءة فبيان
الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوة والدعاء
فاذا خفف احدهما طول الآخر واما الجهر والاخفاء فلهما رواية عائشة رض
انه عم جهر فيها ولابي حنيفة رواية ابن عباس وسمرة والترجيح قد مر من

قيل كيف وانما صلوة النهار في حقها ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله عم اذا رأيتم من هذه الافزاع شيئا فارغبوا الى الله بالدعاء والسنة في الادعية تأخيرها عن الصلوة ويصلي بهم الامام الذي يصلي بهم الجمعة فان لم يحضر الامام صلوا فرادى تحرزا عن الفتنة وليس في خسوف القمر جماعة لتعذر الاجتماع بالليل او لخوف الفتنة وانما يصلي كل واحد بنفسه لقوله عم اذا رأيتم شيئا من هذه الاهوال فارغبوا الى الصلوة وليس في الكسوف خطبة لانه لم ينقل

باب صلوة الاستسقاء

قال ابو حنيفة رح ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تع استغفروا ربكم انه كان غفارا ورسول الله عم استسقى ولم ترو عنه الصلوة وقالا يصلي الامام بالناس ركعتين لما روي ان النبي عم صلى فيها ركعتين كصلوة العيد رواه ابن عباس رض قلنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن سنة وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده ويجهر فيهما بالقراءة اعتبارا بصلوة العيد ثم يخطب لما روي انه عم خطب ثم هي كخطبة العيد عند محمد وعند ابي يوسف خطبة واحدة ولا خطبة عند ابي حنيفة لانها تبع للجماعة ولا جماعة عنده ويستقبل القبلة بالدعاء لما روي انه عم استقبل القبلة وحول رداءه ويقلب الامام رداءه لما روينا قال رض هذا قول محمد اما عند ابي حنيفة رح لا يقلب لانه دعاء فيعتبر بسائر الادعية وما رواه كان تفاؤلا ولا يقلب القوم ارديتهم لانه لم ينقل انه امرهم بذلك ولا يحضر اهل الذمة الاستسقاء لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة

باب صلوة الخوف

اذا اشتد الخوف جعل الامام الناس طائفتين طائفة الى وجه العدو وطائفة خلفه فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين فاذا رفع الامام رأسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة الى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة فيصلي بهم الامام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاولى وصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون وتشهدوا وسلموا ومضوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاخرى وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون وتشهدوا وسلموا والاصل فيه رواية ابن مسعود رض ان

ان النبي عم صلى صلوة الخوف على الصفة التي قلنا وابو يوسف وان انكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج عليه بما روينا فان كان الامام مقيما صلى بالطائفة الاولى ركعتين وبالطائفة الثانية ركعتين لما روي انه عم صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطائفة الاولى ركعتين من المغرب وبالثانية ركعة واحدة لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها في الاولى اولى بحكم السبق ولا يقاتلون في حالة الصلوة فان فعلوا ذلك بطلت صلوتهم لانه عم شغل عن اربع صلوات يوم الاحزاب ولو جاز الاداء مع القتال لما تركها فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومئون بالركوع والسجود الى اي جهة شاؤا اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة لقوله تع فان خفتم فرجالا او ركبانا وسقط التوجه للضرورة وعن محمد انهم يصلون بجماعة وليس بصحيح لانعدام الاتحاد في المكان

باب الجنائز

اذا احتضر الرجل وجه الى القبلة على شقه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه اشرف عليه والمختار في بلادنا الاستلقاء لانه ايسر والاول هو السنة ولقن الشهادتين لقوله عم لقنوا موتاكم شهادة ان لا اله الا الله والمراد الذي قرب من الموت فاذا مات شد لحياه وغمض عيناه بذلك جرى التوارث ثم فيه تحسينه

فصل في الغسل

واذا ارادوا غسله وضعوه على سرير لينصب الماء عنه وجعلوا على عورته خرقة اقامة لواجب الستر ويكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف ووضؤه من غير مضمضة واستنشاق لان الوضوء سنة الاغتسال غير ان اخراج الماء منه متعذر فيتركان ثم يفيضون الماء عليه اعتبارا بحالة الحيوة ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما يوتر لقوله عم ان الله وتر يحب الوتر ويغلى الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف فان لم يكن فالماء القراح لحصول اصل المقصود ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف له ثم يضجع على شقه الايسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه ثم يضجع على شقه الايمن فيغسل حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه لان السنة هي البداءة بالميامن ثم يجلسه ويسنده اليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فان

خرج منه شيء غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه لان الغسل عرفناه
بالنص وقد حصل مرة ثم ينشف في ثوب كيلا تبتل اكفانه ويجعله اي
الميت في اكفانه ويجعل الحنوط على راسه ولحيته والكافور على مساجده
لان التطييب سنة والمساجد اولى بزيادة الكرامة ولا يسرح شعر الميت
ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره لقول عائشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم
ولان هذه الاشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها وفي الحي كان تنظيفا
لاجتماع الوسخ تحته وصار كالختان **فصل في التكفين** السنة ان يكفن
الرجل في ثلثة اثواب ازار وقميص ولفافة لما روي انه عليه السلام كفن في ثلثة اثواب
بيض سحولية ولانه اكثر ما يلبسه عادة في حيوته فكذا بعد مماته فان اقتصروا
على ثوبين جاز والثوبان ازار ولفافة وهذا كفن الكفاية لقول ابي بكر رضي الله عنه
اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه ادنى لباس الاحياء والازار
من القرن الى القدم واللفافة كذلك والقميص من اصل العنق الى القدم
فاذا ارادوا لف اللفافة ابتدؤا بجانبه الايسر فلفوه عليه ثم بالايمن كما في
حالة الحيوة وبسطه ان تبسط اللفافة اولا ثم يبسط عليها الازار ثم يقمص
الميت ويوضع على الازار ثم يعطف الازار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين
ثم اللفافة كذلك وان خافوا ان ينتشر الكفن عنه عقدوه صيانة عن
الكشف وتكفن المراة في خمسة اثواب درع وازار وخمار ولفافة وخرقة
تربط فوق ثدييها لحديث ام عطية رضي الله عنها ان النبي عليه السلام اعطى اللواتي
غسلن ابنته وهي زينب خمسة اثواب ولانها تخرج فيها حالة الحيوة
فكذا بعد الممات هذا بيان كفن السنة وان اقتصروا على ثلثة اثواب جاز وهي
ثوبان وخمار وهو كفن الكفاية ويكره اقل من ذلك وفي الرجل يكره الاقتصار
على ثوب واحد الا في حالة الضرورة لان مصعب بن عمير حين استشهد كفن
في ثوب واحد وهذا كفن الضرورة وتلبس المراة الدرع اولا ثم يجعل شعرها
ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم الخمار فوق ذلك تحت اللفافة قال
وتجمر الاكفان قبل ان يدرج الميت فيها وترا لانه عليه السلام امر باجمار اكفان ابنته
وترا والاجمار هو التطييب فاذا فرغوا منه صلوا عليه لانها فريضة **فصل**
في الصلوة على الميت واولى الناس بالصلوة على الميت السلطان ان حضر لان

في التقدم عليه ازدراء به ثم القاضي لانه صاحب ولاية فان
لم يحضر فيستحب تقديم امام الحي لانه رضيه في حال حيوته قال ثم الولي والاولياء
على الترتيب المذكور في النكاح فان صلى غير الولي او السلطان اعاد الولي
الصلوة يعني ان شاء لما ذكرنا ان الحق للاولياء وان صلى الولي لم يجز لاحد
ان يصلي بعده لان الفرض يتادى بالاولى والتنفل بها غير مشروع ولهذا
راينا الناس تركوا عن آخرهم الصلوة على قبر النبي عليه السلام وهو اليوم كما وضع
وان دفن الميت ولم يصل عليه صلى على قبره لان النبي عليه السلام صلى على قبر امراة
من الانصار ويصلى عليه قبل ان يتفسخ والمعتبر في معرفة ذلك اكبر الراي
هو الصحيح لاختلاف الحال والزمان والمكان والصلوة ان يكبر تكبيرة
يحمد الله تعالى عقيبها ثم يكبر تكبيرة ويصلي على النبي عليه السلام ثم يكبر تكبيرة يدعو
فيها لنفسه وللميت وللمسلمين ثم يكبر الرابعة ويسلم لانه عليه السلام كبر اربعا
في آخر صلوة صلاها فنسخت ما قبلها ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المؤتم
خلافا لزفر لانه منسوخ لما روينا وينتظر تسليم الامام في رواية وهو المختار
والاتيان بالدعوات استغفار للميت والبداية بالثناء ثم بالصلوة
سنة الدعاء ولا يستغفر للصبي ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا
ذخرا واجعله لنا شافعا ومشفعا ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر
الآتي حتى يكبر اخرى بعد حضوره عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح
يكبر حين يحضر لان الاولى للافتتاح والمسبوق ياتي بها ولهما ان كل تكبيرة
قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ بما فاته اذ هو المنسوخ ولو كان
حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك
ويقوم الذي يصلي على الرجل والمراة بحذاء الصدر لانه موضع القلب
وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة الى الشفاعة لايمانه وعن ابي حنيفة رح
انه يقوم من الرجل بحذاء راسه ومن المراة بحذاء وسطها لان انسا رض فعل
كذلك وقال هو السنة قلنا تاويله ان جنازتها لم تكن منعوشة فحال بينها
وبينهم فان صلوا على جنازة ركبانا اجزاهم في القياس لانه دعاء وفي
الاستحسان لا يجزيهم لانها صلوة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر
احتياطا ولا باس بالاذن في صلوة الجنازة لان التقدم حق الولي فيملك

اذا ماتت امرأة وفي بطنها ولد حي فانه يشق بطنها وقد روي عن ابي حنيفة انه امر بشق بطن امراة ماتت وهي حامل يخرج حيا
ذكاكي اورده في حل العقد

ابطالها بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا بأس بالاذان اي الاعلام وهو ان يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حقه ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقول النبي عم من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له ولانه بني لاداء المكتوبات ولانه يحتمل تلويث المسجد وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ رحمهم الله ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل وصلي عليه لقوله عم اذا استهل المولود صلي عليه ومن لم يستهل لم يصل عليه ولان الاستهلال دلالة الحيوة فيتحقق في حقه سنة الموتى وان لم يستهل ادرج في خرقة كرامة لبني آدم ولم يصل عليه لما روينا ويغسل في غير الظاهر من الرواية لانه نفس من وجه وهو المختار واذا سبي صبي مع احد ابويه فمات لم يصل عليه لانه تبع لهما الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل لانه صح اسلامه استحسانا او يسلم احد ابويه لانه يتبع خير الابوين دينا وان لم يسب معه احد ابويه صلي عليه لانه ظهرت تبعية الدار فحكم باسلامه كما في اللقيط وان مات الكافر وله ولي مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه بذلك امر علي رضي الله عنه في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل غسل الثوب النجس ويلف في خرقة ويحفر حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه بل يلقى

فصل في حمل الجنازة قال واذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة وزيادة الاكرام والصيانة وقال الشافعي رح السنة ان يحملها رجلان يضعها السابق على اصل عنقه والثاني على اعلى صدره لان جنازة سعد بن معاذ هكذا حملت قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة ويمشون به مسرعين دون الخبب لانه عم حين سئل عنه فقال ما دون الخبب واذا بلغوا الى قبره كره للناس ان يجلسوا قبل ان يوضع عن اعناق الرجال لانه قد تقع الحاجة الى التعاون والقيام امكن منه وكيفية الحمل ان تضع مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك ايثارا للتيامن وهذا في حالة التناوب

فصل في الدفن قال ويحفر القبر ويلحد لقوله عليه السلام اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة خلافا للشافعي فان عنده يسل سلا لما روي انه عم سل سلا ولنا ان جانب القبلة معظم فيستحب الادخال منه واضطربت الروايات في ادخال النبي عم فاذا وضع في

لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله لان النبي عم كذا قال حين وضع ابا دجانة في القبر ويوجه الى القبلة بذلك امر النبي عم وتحل العقدة لوقوع الامن من الانتشار ويسوى اللبن على اللحد لانه عم جعل على قبره اللبن ويسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن على الستر ومبنى حال الرجل على الانكشاف ويكره الآجر والخشب لانهما لاحكام البناء والقبر موضع البلى ثم بالآجر اثر النار فيكره تفاؤلا ولا بأس بالقصب وفي الجامع الصغير ويستحب اللبن والقصب لانه عم جعل على قبره طن من قصب ثم يهال التراب ويسنم القبر ولا يسطح اي لا يربع لانه عم نهى عن تربيع القبور ومن شاهد قبر النبي عم اخبر انه مسنم

باب الشهيد قال الشهيد من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر الجراحة او قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء احد وقال النبي عم فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم فكل من قتل ظلما بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والمراد بالاثر الجراحة لانه دلالة القتل وكذا خروج الدم من موضع غير معتاد كالعين ونحوها والشافعي رح يخالفنا في الصلوة ويقول السيف محاء للذنوب فاغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلوة على الميت لاظهار كرامته والشهيد اولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعاء كالنبي والصبي ومن قتله اهل الحرب او اهل البغي او قطاع الطريق فباي شيء قتلوه لم يغسل لان شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح واذا استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفة رح وقالا لا يغسل لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني لم يجب للشهادة ولابي حنيفة ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح ان حنظلة رض لما استشهد جنبا غسلته الملائكة وعلى هذا الخلاف الحائض اذا طهرت وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية وعلى هذا الخلاف الصبي لهما ان الصبي احق بهذه الكرامة ولابي حنيفة ان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة ولا ذنب للصبي فلم يكن في معناهم ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع عنه الفرو والحشو والسلاح والقلنسوة والخف لانها ليست من جنس الكفن

ويزيدون وينقصون ما شاؤا اتماما للكفن ومن ارتث غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق الحيوة لان بذلك يخف اثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء احد والارتثاث ان ياكل او يشرب او ينام او يداوى او ينقل من المعركة حيا لانه نال بعض مرافق الحيوة وشهداء احد ماتوا عطاشا والكاس يدار عليهم خوفا من نقصان الشهادة الا اذا حمل من مصرعه كيلا تطاه الخيول لانه ما نال شيئا من الراحة ولو اواه فسطاط او خيمة فهو مرتث لما بينا ولو بقي حيا حتى مضى وقت صلوة وهو يعقل فهو مرتث لان تلك الصلوة تصير دينا في ذمته وهو من احكام الاحياء

رضي الله عنه وهو مروي عن ابي يوسف ولو اوصى بشيء من امور الاخرة كان ارتثاثا عند ابي يوسف لانه ارتفاق وعند محمد لا يكون مرتثا لانه من احكام الاموات ومن وجد قتيلا في المصر غسل لان الواجب فيه القسامة والدية فخف اثر الظلم الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما لان الواجب فيه القصاص وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا او في العقبى وعند ابي يوسف ومحمد ما لا يلبث فهو بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات ان شاء الله تعالى ومن قتل في حد او قصاص غسل وصلي عليه لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه وشهداء احد بذلوا انفسهم لابتغاء مرضات الله تعالى فلا يلحق بهم ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه لان عليا رضي الله عنه لم يصل على البغاة

باب الصلوة في الكعبة

الصلوة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها خلافا للشافعي فيهما ولمالك في الفرض لانه عليه السلام صلى في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة لان استيعابها ليس بشرط فان صلى الامام بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام جاز لانه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطاء بخلاف مسئلة التحري ومن جعل منهم ظهره الى وجه الامام لم تجز صلوته لتقدمه على امامه واذا صلى الامام في المسجد الحرام فتحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلوة الامام فمن كان منهم اقرب الى الكعبة من الامام جازت صلوته اذا لم يكن في جانب الامام لان التقدم والتاخر انما يظهر عند اتحاد الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلوته خلافا للشافعي رح لان الكعبة هي العرصة والهواء الى عنان السماء عندنا دون البناء لانه ينقل الا ترى انه لو صلى

٤٣

قوله ملكا تاما احترز به عما لو كان الملك ناقصا لا تجب الزكوة كملك المكاتب والملك في المبيع قبل القبض وكالملك [illegible] وصداق المرأة قبل قبضها لانه مملوك يدا لا رقبة او رقبة لا يدا ولا يلزم مال ابن السبيل لان يده ثابتة [illegible]

على ابي قبيس جاز ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه من ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم

كتاب الزكوة

قال الزكوة واجبة على الحر العاقل البالغ المسلم اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول اما الوجوب فلقوله تعالى واتوا الزكوة ولقوله عم ادوا زكوة اموالكم وعليه اجماع الامة والمراد بالواجب الفرض لانه لا شبهة فيه واشتراط الحرية لان كمال الملك بها والبلوغ والعقل لما نذكره والاسلام لان الزكوة عبادة ولا يتحقق العبادة من الكافر ولا بد من ملك مقدار النصاب لانه عم قدر السبب به ولا بد من الحول لانه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء وقدرها الشرع بالحول لقوله عليه السلام لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول ولانه المتمكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول المختلفة والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل هي واجبة على الفور لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت الاداء ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط وليس على الصبي والمجنون زكوة خلافا للشافعي فانه يقول هي غرامة مالية فيعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات وصار كالعشر والخراج ولنا انها عبادة فلا تتادى الا بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع ولو افاق في بعض السنة فهو بمنزلة افاقته في بعض الشهر في الصوم وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين الاصلي والعارضي وعن ابي حنيفة انه اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ وليس على المكاتب زكوة لانه ليس بمالك من كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ولهذا لم يكن من اهل ان يعتق عبده ومن كان عليه دين يحيط بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر معدوما كالماء المستحق بالعطش وثياب المهنة والبذلة وان كان ماله اكثر من الدين زكى الفاضل اذا بلغ نصابا لفراغه عن الحاجة والمراد دين له مطالب من جهة العباد حتى لا يمنع دين النذر والكفارة ودين الزكوة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر فيهما ولابي يوسف في الثاني على ما روي عنه لان له مطالبا وهو الامام في السوائم

وبنايته في مال التجارة فان الملك كان مواليه وليس في دور السكنى وثياب
البدن واثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال
زكوة لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية ايضا وعلى هذا
كتب العلم لاهلها وآلات المحترفين لما قلنا ومن له على آخر دين فجحده سنين
ثم قامت له بينة لم يزكه لما مضى معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس
وهي مسئلة مال الضمار وفيه خلاف زفر والشافعي ومن جملته المال المفقود والآبق
والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في البحر والمدفون في المفازة
اذا نسي مكانه والذي اخذه السلطان مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب
الآبق والضال والمغصوب على هذا الخلاف لهما ان السبب قد تحقق وفوات
اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي كرم الله وجهه لا زكوة في المال
الضمار ولان السبب هو المال النامي ولا نماء الا بالقدرة على التصرف ولا قدرة
عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون في البيت نصاب لتيسر الوصول
اليه وفي المدفون في ارض او كرم اختلاف المشايخ ولو كان الدين على مقر ملي
او معسر تجب الزكوة لامكان الوصول اليه ابتداء او بواسطة التحصيل وكذا
لو كان على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلنا ولو كان الدين على
مقر مفلس فهو نصاب عند ابي حنيفة لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند
محمد لا تجب لتحقق الافلاس عنده بالتفليس وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس
ومع ابي حنيفة في حكم الزكوة رعاية لجانب الفقراء ومن اشترى جارية للتجارة
ونواها للخدمة بطلت عنها الزكوة لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة
وان نواها للتجارة بعد ذلك لم يكن للتجارة حتى يبيعها فيكون في ثمنها زكوة
لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم تعتبر ولهذا يصير المسافر مقيما بمجرد
النية ولا يصير المقيم مسافرا الا بالسفر وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان
للتجارة لاتصال النية بالعمل بخلاف ما اذا ورث ونوى التجارة لانه لا عمل ولو ملكه
بالهبة او بالوصية او بالنكاح او الخلع او الصلح عن القود ونواه للتجارة كان
للتجارة عند ابي يوسف لاقترانها بالعمل وعند محمد لا يصير للتجارة لانها
لم تقارن عمل التجارة وقيل الاختلاف على عكسه ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية
مقارنة للاداء او مقارنة لعزل مقدار الواجب لان الزكوة عبادة فكان من

من شرطها النية والاصل فيها الاقتران الا ان الدفع يتفرق فاكتفى بوجودها
حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكوة
سقط فرضها عنه استحسانا لان الواجب جزء منه فكان متعينا فيه فلا حاجة الى
التعيين ولو ادى بعض النصاب سقط زكوة المؤدى عند محمد لان الواجب شائع
في الكل وعند ابي يوسف لا يسقط لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب
بخلاف الاول

باب صدقة السوائم

فصل في الابل

ليس في اقل
من خمس ذود صدقة فاذا بلغت خمسا سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة
الى تسع فاذا كانت عشرا ففيها شاتان الى اربع عشرة فاذا كانت خمس عشرة ففيها
ثلث شياه الى تسع عشرة فاذا كانت عشرين ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين فاذا
بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض وهي التي طعنت في الثانية الى خمس وثلثين
فاذا كانت ستا وثلثين ففيها بنت لبون وهي التي طعنت في الثالثة الى خمس
واربعين فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة وهي التي طعنت في الرابعة
الى ستين فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة وهي التي طعنت في الخامسة
الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها بنتا لبون الى تسعين فاذا
كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة وعشرين بهذا اشتهرت كتب الصدقات
من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اذا زادت على مائة وعشرين تستانف الفريضة فتكون في الخمس
شاة مع الحقتين وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي عشرين
اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمسين فتكون فيها ثلث حقاق
ثم تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة
ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وفي ست
وثلثين بنت لبون فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى
مائتين ثم تستانف الفريضة ابدا كما تستانف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين
وهذا عندنا وقال الشافعي رح اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلث
بنات لبون فاذا صارت مائة وثلثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار
الحساب على الاربعينات والخمسينات فتجب في كل اربعين بنت لبون وفي
كل خمسين حقة لما روي انه عم كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل
خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها ولنا

ثم كتب في آخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم فما كان اقل من ذلك ففي كل خمس
ذود شاة فيعمل بالزيادة والبخت والعراب سواء لان مطلق الاسم يتناولهما

فصل في البقر ليس في اقل من ثلثين من البقر صدقة فاذا كانت ثلثين
سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع او تبيعة وهي التي طعنت في الثانية وفي
اربعين مسن او مسنة وهي التي طعنت في الثالثة بهذا امر النبي عم معاذا رض
فاذا زادت على الاربعين وجبت في الزيادة بقدر ذلك الى ستين عند ابي حنيفة رح
ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الاثنين نصف عشر مسنة وهذه
رواية الاصل لان العفو ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص هنا وروى الحسن
عنه انه لا يجب في الزيادة شيء حتى يبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث
تبيع لان مبنى هذا النصاب على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد
واجب وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء في الزيادة حتى يبلغ ستين وهو رواية
عن ابي حنيفة رح لقوله عم لمعاذ رض لا تاخذ من اوقاص البقر شيئا وفسروه
بما بين اربعين الى ستين قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار ثم في الستين
تبيعان او تبيعتان وفي سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين
ثلثة اتبعة وفي المائة تبيعتان ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشرة من
تبيع الى مسنة ومن مسنة الى تبيع لقوله عم في كل ثلثين من البقر تبيع او تبيعة
وفي كل اربعين مسنة والجواميس والبقر سواء لان اسم البقر يتناولهما اذ هو نوع
منه الا ان اوهام الناس لا تسبق اليه في ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث به في يمينه
لا ياكل لحم بقر

فصل في الغنم ليس في اقل من اربعين من الغنم السائمة صدقة
فاذا كانت اربعين سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين
فان زادت واحدة ففيها شاتان الى مائتين فاذا زادت واحدة ففيها
ثلث شياه فاذا بلغت اربعمائة ففيها اربع شياه ثم في كل مائة شاة هكذا
ورد البيان في كتاب النبي عم وفي كتاب ابي بكر رض وعليه انعقد الاجماع والمعز
والضأن سواء لان لفظة الغنم شاملة للكل والنص ورد به ويؤخذ الثني
في زكوتها ولا يؤخذ الجذع والثني منها ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها
وعن ابي حنيفة رح وهو قولهما انه يؤخذ الجذع لقوله عم انما حقنا الجذعة
والثنية ولانه تتأدى به الاضحية فكذا الزكوة وجه ظاهر الرواية حديث علي رض

علي رض موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله عم لا يؤخذ في الزكوة الا الثني فصاعدا
ولان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا لا يجوز فيها الجذع من المعز
وجواز التضحية به عرف نصا والمراد بما روي الجذعة من الابل ويؤخذ في زكوة
الغنم الذكور والاناث لان اسم الشاة ينتظمهما وقد قال عم في اربعين شاة
شاة

فصل في الخيل اذا كانت الخيل سائمة ذكورا واناثا فصاحبها بالخيار
ان شاء اعطى عن كل فرس دينارا وان شاء قومها واعطى من كل مائتي درهم
خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر وقالا لا زكوة في الخيل لقوله عم
ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة وله قوله عم في كل فرس سائمة دينار او
عشرة دراهم وتأويل ما رواه فرس الغازي وهو المنقول عن زيد ابن ثابت رضي الله عنه
والتخيير بين الدينار والتقويم ماثور عن عمر رض وليس في ذكورها منفردة زكوة
لانها لا تتناسل وكذا في الاناث المنفردات في رواية وعنه الوجوب فيها
لانها تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الذكور المنفردة وعنه انها تجب في الذكور
المنفردة ايضا ولا شيء في البغال والحمير لقوله عم لم ينزل علي فيهما شيء والمقادير
تثبت سماعا الا ان يكون للتجارة لان الزكوة حينئذ يتعلق بالمالية
كسائر اموال التجارة

فصل وليس في الفصلان والحملان والعجاجيل
صدقة عند ابي حنيفة رح وهذا آخر اقواله وهو قول محمد وكان يقول اولا
يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول زفر ومالك ثم رجع وقال فيها واحدة
منها وهو قول ابي يوسف والشافعي رح وجه قوله الاول ان الاسم المذكور في
الخطاب ينتظم الصغار والكبار ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين
كما يجب في المهازيل واحد منها ووجه الاخير ان المقادير لا يدخلها القياس
فاذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع امتنع اصلا واذا كان فيها واحد من المسان
جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا دون تادية الزكوة حتى لا يخرج عن العهدة
باداء واحدة من الصغار حتى لو هلك المسان بعد حولان الحول يسقط الزكوة
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الوجوب يتعلق بالكل وقد فات ثم عند ابي
يوسف لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون الثلثين من العجاجيل
ويجب في خمس وعشرين من الفصلان واحد ثم لا يجب شيء حتى يبلغ مبلغا لو كان
مسان يثنى الواجب ثم لا يجب حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان يثلث الواجب

ولا يجب فيما دون خمس وعشرين في رواية وعنه انه يجب في الخمس خمس فصيل
وفي العشر خمسا فصيل على هذا الاعتبار وعنه انه ينظر الى قيمة خمس فصيل
في الخمس والى قيمة شاة فيجب اقلهما وفي العشر ينظر الى قيمة شاتين والى قيمة
خمسي فصيل على هذا الاعتبار قال ومن وجب عليه سن فلم يوجد في ماله اخذ
المصدق اعلى منها ورد الفضل او اخذ دونها واخذ الفضل وهذا ينبني
على ان اخذ القيمة في باب الزكوة جائز عندنا على ما نذكر ان شاء الله تع
الا ان في الوجه الاول له ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه
شراء وفي الوجه الثاني يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ويجوز دفع
القيم في باب الزكوة عندنا وكذا في الكفارة وصدقة الفطر والعشر والنذر وقال
الشافعي لا يجوز اتباعا للمنصوص عليه كما في الهدايا والضحايا ولنا ان
الامر بالاداء الى الفقير ايصال للرزق الموعود اليه فيكون ابطالا للقيد
فصار كالجزية بخلاف الهدايا لان القربة فيها اراقة الدم وهو لا يعقل
ووجه القربة في المتنازع فيه سد خلة المحتاج وهو معقول قال وليس في العوامل
والحوامل والعلوفة صدقة خلافا لمالك له ظواهر النصوص ولنا قوله عم
ليس في العوامل والحوامل ولا في البقر المثيرة صدقة ولان السبب هو المال النامي
ودليله الاسامة او الاعداد للتجارة ولم يوجد ولان في العلوفة تتراكم المؤنة
فينعدم النماء معنى ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها
نصف الحول او اكثر كانت علوفة لان القليل تابع للاكثر قال ولا ياخذ المصدق
خيار المال ولا رذالته وياخذ الوسط لقوله عم لا تاخذوا من حزرات اموال
الناس اي كرايمها وخذوا من حواشي اموالهم اي اوساطها ولان فيه نظرا من الجانبين
قال ومن كان له نصاب فاستفاد في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به وقال
الشافعي لا يضم لانه اصل في حق الملك فكذا في وظيفته بخلاف الاولاد والارباح
لانها تابعة في الملك حتى ملكت بملك الاصل ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد
والارباح لان عندها يتعسر التمييز فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط
الحول الا للتيسير قال والزكوة عند ابي حنيفة وابي يوسف في النصاب دون العفو
وقال محمد وزفر فيهما حتى لو هلك العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب عند ابي
حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر يسقط بقدره ولمحمد ان الزكوة وجبت شكرا

لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله عم في خمس من الابل شاة وليس في الزيادة
شيء حتى يبلغ عشرا وهكذا قال في كل نصاب ونفى الوجوب عن العفو ولان
العفو تبع للنصاب فيصرف الهلاك اولا الى التبع كالربح في مال المضاربة
ولهذا قال ابو حنيفة يصرف الهلاك بعد العفو الى النصاب الاخير ثم الى الذي
يليه الى ان ينتهي لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه تابع له وعند ابي
يوسف يصرف الى العفو اولا ثم الى النصب شايعا قال واذا اخذ الخوارج الخراج
وصدقة السوايم لا يثنى عليهم لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا بان
يعيدوها دون الخراج لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة والزكوة مصرفها
الفقراء فلا يصرفونها اليهم وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنه
وكذا بالدفع الى كل جائر لانهم بما عليهم من التبعات فقراء والاول احوط قال وليس
على الصبي من بني تغلب في سائمته شيء وعلى المرأة ما على الرجل منهم لان الصلح
قد جرى على ضعف ما يؤخذ من المسلمين ويؤخذ من نساء المسلمين دون
صبيانهم قال وان هلك المال بعد وجوب الزكوة سقطت الزكوة وقال الشافعي
يضمن اذا هلك بعد التمكن من الاداء لان الواجب في الذمة فصار كصدقة
الفطر ولانه منعه بعد الطلب فصار كالاستهلاك ولنا ان الواجب جزء من
النصاب تحقيقا للتيسير فيسقط بهلاك محله كدفع العبد بالجناية يسقط
بهلاكه والمستحق فقير يعينه المالك ولم يتحقق منه الطلب وبعد الطلب من الساعي
قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت وفي الاستهلاك وجد التعدي
وفي هلاك البعض يسقط بقدره اعتبارا له بالكل وان قدم الزكوة على الحول
وهو مالك للنصاب جاز لانه ادى بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد
الجرح وفيه خلاف مالك ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب ويجوز
لنصب اذا كان في ملكه نصاب واحد خلافا لزفر لان النصاب الاول هو الاصل
في السببية والزايد عليه تابع له

باب زكوة المال

فصل في الفضة

قال ليس فيما دون مايتي درهم صدقة لقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس اواق
صدقة والاوقية اربعون درهما فاذا كانت مايتي درهم وحال عليها الحول
ففيها خمسة دراهم لانه عم كتب الى معاذ رضه ان خذ من كل مايتي درهم
خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال قال ولا شيء في

الزيادة حتى تبلغ اربعين فيكون فيها درهم ثم في كل اربعين درهما درهم
وهذا عند ابي حنيفة وقال صاحباه ما زاد على المائتين فزكوته بحسابه وهو
قول الشافعي لقوله عم في حديث علي رض وما زاد على المائتين فبحسابه ولان
الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال واشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغنى
وبعد النصاب في السوائم تحرزا عن التشقيص ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام في حديث معاذ
لا تأخذ من الكسور شيئا وقوله في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين
صدقة ولان الحرج مرفوع وفي ايجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر
في الدراهم وزن سبعة وهو ان يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل بذلك
جرى التقدير في ديوان عمر رضي الله عنه واستقر الامر عليه واذا كان الغالب على الورق
الفضة فهو في حكم الفضة وان كان الغالب الغش فهو في حكم العروض يعتبر
ان تبلغ قيمته نصابا لان الدراهم لا تخلو عن قليل غش لانها لا تنطبع الا به
وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة فاصلة وهو ان يزيد على النصف اعتبارا
للحقيقة وسنذكره في كتاب الصرف الا ان في غالب الغش لا بد من نية التجارة
كما في سائر العروض الا اذا كان يخلص منها فضة تبلغ نصابا لانه لا يعتبر
في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة

فصل في الذهب

قال ليس فيما دون عشرين
مثقالا من الذهب صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا ففيها نصف مثقال
لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف
ثم في كل اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر وذلك فيما قلنا
اذ كل مثقال عشرون قيراطا وليس فيما دون اربعة مثاقيل صدقة عند ابي
حنيفة وعندهما تجب بحساب ذلك وهي مسئلة الكسور وكل دينار عشرة دراهم
في الشرع فيكون اربعة مثاقيل في هذا كاربعين درهما وفي تبر الذهب
والفضة وحليهما وانيتهما الزكوة وقال الشافعي لا يجب في حلي النساء
وخاتم الفضة للرجال لانه مبتذل في مباح فشابه ثياب البذلة ولنا ان السبب مال
نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد خلقة والدليل هو المعتبر بخلاف
الثياب

فصل في العروض

الزكوة واجبة في عروض التجارة كائنة ما كانت اذا
بلغت قيمتها نصابا من الورق او الذهب لقوله عم فيها يقومها فيؤدي
من كل مائتي درهم خمسة دراهم ولانه معد للاستنماء باعداد العبد فاشبه

فاشبه المعد باعداد الشرع ويشترط نية التجارة ليثبت الاعداد ثم قال
يقومها بما هو انفع للمساكين احتياطا لحق الفقراء رض وهذا رواية عن ابي حنيفة
وفي الاصل خيره لان الثمنين في تقدير قيم الاشياء بهما سواء وتفسير الانفع ان
يقومها بما يبلغ نصابا وعن ابي يوسف انه يقومها بما اشترى ان كان الثمن
من النقود لانه ابلغ في معرفة المالية وان اشتراها بغير النقود قومها بالنقد
الغالب وعن محمد انه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب
والمستهلك واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط
الزكوة لانه يشق اعتبار الكمال في اثنائه اما لا بد منه في ابتدائه للانعقاد وتحقق
الغنى وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك لانه حالة البقاء وتضم قيمة
العروض الى الذهب والفضة لان الوجوب في الكل باعتبار التجارة وان افترقت
جهة الاعداد ويضم الذهب الى الفضة للمجانسة من حيث الثمنية ومن هذا الوجه
صار سببا ثم يضم بالقيمة عند ابي حنيفة وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه
حتى ان من كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تبلغ قيمتها مائة درهم فعليه
الزكوة عنده خلافا لهما هما يقولان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا
يجب الزكوة في مصوغ وزنه اقل من مائتين وقيمته فوقها هو يقول ان الضم
للمجانسة وهي تتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها

باب فيمن يمر على العاشر

واذا مر على العاشر بمال فقال اصبته منذ اشهر او علي دين وحلف
صدق والعاشر من نصبه الامام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار فمن
انكر منهم تمام الحول او الفراغ من الدين كان منكرا للوجوب والقول قول المنكر
مع اليمين وكذا اذا قال اديت الى عاشر آخر ومراده اذا كان في تلك السنة عاشر آخر
لانه ادعى وضع الامانة موضعها بخلاف ما اذا لم يكن عاشر آخر في تلك السنة لانه
ظهر كذبه بيقين وكذا اذا قال اديتها انا يعني الى الفقراء في المصر لان الاداء
كان مفوضا اليه فيه وولاية الاخذ بالمرور لدخوله تحت الولاية وكذا الجواب
في صدقة السوائم في ثلث فصول وفي الفصل الرابع وهو ما اذا قال اديت
بنفسي الى الفقراء في المصر فلا يصدق وان حلف وقال الشافعي يصدق لانه اوصل
الحق الى المستحق ولنا ان حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف الاموال
الباطنة ثم قيل الزكوة هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول

يجب الخمس وهو الصحيح ثم فيما يصدق في السوائم واموال التجارة لم يشترط
اخراج البراءة في الجامع الصغير وشرط في الاصل وهو رواية الحسن عن ابي
حنيفة لانه ادعى ولتصدق دعواه علامة فيجب ابرازها وجه الاول ان الخط يشبه
الخط فلم يعتبر علامة قال وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي لان ما يؤخذ منه
ضعف ما يؤخذ من المسلم فيراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف ولا يصدق
الحربي الا في الجواري يقول هن امهات اولادي لان الاخذ منه بطريق الحماية
وما في يده من المال يحتاج الى الحماية غير ان اقراره بنسب من في يده منه صحيح
فكذا بامية الولد لانها تبتني عليه فانعدمت صفة المالية فيهن والاخذ لا يجب
الا من المال قال ويؤخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي
العشر هكذا امر عمر رض سعاته وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه
شيء الا ان يكونوا يأخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة
بخلاف المسلم والذمي لان المأخوذ زكوة او ضعفها فلا بد من النصاب وهذا
في الجامع الصغير وفي كتاب الزكوة لا نأخذ من القليل وان كانوا يأخذون منا
لان القليل لم يزل عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية وان مر حربي بمائتي درهم
ولا يعلم كم يأخذون منا نأخذ منه العشر لقول عمر رض فان اعياكم فالعشر فان
علم انهم يأخذون منا ربع العشر او نصف العشر نأخذ بقدره فان كانوا
يأخذون الكل لا نأخذ الكل لانه غدر وان كانوا لا يأخذون اصلا لا نأخذ
ليتركوا الاخذ من تجارنا ولانا احق بمكارم الاخلاق قال وان مر الحربي على عاشر
فعشره ثم مر مرة اخرى لم يعشره حتى يحول الحول لان الاخذ في كل مرة
استيصال المال وحق الاخذ لحفظه ولان حكم الامان الاول باق وبعد الحول
يتجدد الامان لانه لا يمكن من المقام الا حولا والاخذ بعده لا يستاصل المال
وان عشره فرجع الى دار الحرب ثم رجع من يومه ذلك عشره ايضا لانه رجع
بامان جديد وكذا الاخذ بعده لا يفضي الى الاستيصال قال وان مر ذمي بخمر
او خنزير عشر الخمر دون الخنزير وقوله عشر الخمر اي من قيمتها وقال الشافعي
لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما وقال زفر يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم وقال
ابو يوسف يعشرهما اذا مر بهما جملة كانه جعل الخنزير تبعا للخمر فان مر بكل
واحد منهما على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير ووجه الفرق على الظاهر ان

ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها وفي ذوات الامثال
ليس لها هذا الحكم والخمر منها ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل
فكذا يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسييبه بالاسلام فكذا لا يحميه على غيره
ولو مر صبي او امرأة من بني تغلب بمال فليس على الصبي شيء وعلى المرأة ما على الرجل
لما ذكرنا في السوائم ومن مر على العاشر بمائة درهم واخبره ان له في بيته مائة
اخرى قد حال عليها الحول لم يزك المائة التي مر بها لقلتها وما في بيته لم يدخل تحت
حمايته فان مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها لانه غير ماذون باداء زكوتها
قال وكذا المضاربة يعني اذا مر المضارب به وكان ابو حنيفة يقول اولا يعشرها
لقوة حق المضارب حتى لا يملك رب المال نهيه عن التصرف فيه بعدما صار
عروضا فنزل منزلة المالك ثم رجع الى ما ذكره في الكتاب وهو قولهما لانه ليس بمالك
ولا نائب عنه في اداء الزكوة الا ان يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيؤخذ
منه لانه مالكه ولو مر عبد ماذون بمائتي درهم وليس عليه دين عشره وقال ابو
يوسف رح لا ادري ان ابا حنيفة رح رجع عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني
في المضاربة وهو قولهما انه لا يعشره لان الملك فيما في يده للمولى وله التصرف
فصار كالمضارب وقيل في الفرق بينهما ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع
بالعهدة على المولى فكان هو المحتاج الى الحماية والمضارب يتصرف بحكم النيابة
حتى يرجع بالعهدة على رب المال فكان رب المال هو المحتاج فلا يكون الرجوع
في المضارب رجوعا منه في العبد وان كان مولاه معه يؤخذ منه لان الملك له
الا اذا كان على العبد دين يحيط بماله لانعدام الملك او للشغل قال ومن مر على
عاشر الخوارج في ارض قد غلبوا عليها فعشره يثنى عليه الصدقة معناه اذا
مر على عاشر اهل العدل لان التقصير من قبله حيث مر عليه

باب في المعادن والركاز

قال معدن ذهب او فضة او رصاص او حديد او صفر وجد في ارض
خراج او عشر ففيه الخمس عندنا وقال الشافعي لا شيء عليه لانه مباح سبقت يده
اليه كالصيد الا اذا كان المستخرج ذهبا او فضة فيجب فيه الزكوة ولا يشترط
الحول في قول لانه نماء كله والحول للتنمية ولنا قوله عم وفي الركاز الخمس وهو من الركز
فانطلق على المعدن ولانها كانت في ايدي الكفرة وحوتها ايدينا غلبة
فكانت غنيمة وفي الغنائم الخمس بخلاف الصيد لانه لم يكن في يد احد الا ان الغانمين

يد حكمية لثبوتها على الظاهر واما الحقيقة فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق
الخمس والحقيقة في حق الاربعة الاخماس حتى كانت للواجد ولو وجد في داره
معدنا فليس فيه شيء عند ابي حنيفة وقالا فيه الخمس لاطلاق ما روينا
وله انه من اجزاء الارض مركب فيها ولا مؤنة في سائر الاجزاء فكذا في هذا الجزء لان
الجزء لا يخالف الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيها وان وجده في ارضه فعن
ابي حنيفة روايتان ووجه الفرق على احديهما وهو رواية الجامع الصغير
ان الدار ملكت خالية عن المؤن دون الارض ولهذا وجب العشر والخراج
في الارض دون الدار فكذا هذه المؤنة وان وجد ركازا اي كنزا وجب فيه الخمس
عندهم لما روينا واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز فيه وهو الاثبات
ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليها كلمة الشهادة فهو بمنزلة
اللقطة وقد عرف حكمها في موضعها وان كان على ضرب اهل الجاهلية كالمنقوش
عليها الصنم ففيه الخمس على كل حال لما بينا ثم ان وجده في ارض مباحة فاربعة
اخماسه للواجد لانه تم الاحراز منه اذ لا علم به للغانمين فيختص هو به وان وجده
في ارض مملوكة فكذا الحكم عند ابي يوسف لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه
وعند ابي حنيفة ومحمد هو للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة اول
الفتح لانه سبقت يده اليه وهي يد الخصوص فيملك به ما في الباطن وان كانت
على الظاهر كمن اصطاد سمكة في بطنها درة ثم بالبيع لم يخرج عن ملكه لانه مودع
فيها بخلاف المعدن لانه من اجزائها فينتقل الى المشتري وان لم يعرف المختط
له يصرف الى اقصى مالك يعرف في الاسلام على ما قالوا ولو اشتبه الضرب يجعل
جاهليا في ظاهر المذهب لانه الاصل وقيل يجعل اسلاميا في زماننا لتقادم العهد
ومن دخل في دار الحرب بامان فوجد في دار بعضهم ركازا رده عليهم تحرزا عن
الغدر لان ما في الدار في يد صاحبها خصوصا وان وجده في الصحراء فهو له
لانه ليس في يد احد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء فيه لانه بمنزلة متلصص
غير مجاهر وليس في الفيروزج يوجد في الجبال خمس لقوله عم لا خمس في الحجر وفي
الزيبق الخمس في قول ابي حنيفة اخرا خلافا لابي يوسف ولا خمس في العنبر و
اللؤلؤ عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر
خمس لان عمر رض اخذ الخمس من العنبر ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا

فلا يكون الماخوذ منه غنيمة وان كان ذهبا او فضة والمروي عن عمر رضي الله عنه
فيما دسره البحر وبه نقول متاع وجد ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس معناه
وجد في ارض لا مالك لها لانه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة

باب زكوة الزروع والثمار

قال ابو حنيفة في قليل ما اخرجته الارض وكثيره العشر سواء
سقي سيحا او سقته السماء الا الحطب والحشيش والقصب وقالا لا يجب العشر
الا فيما له ثمرة باقية اذا بلغ خمسة اوسق والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلعم
وليس في الخضروات عندهما عشر فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب
وفي اشتراط البقاء لهما في الاول قوله عم ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة
ولانه صدقة فيشترط النصاب فيه ليتحقق الغنى ولابي حنيفة قوله عم ما اخرجت
الارض ففيه العشر من غير فصل وتأويل ما روياه زكوة التجارة لانهم كانوا يتبايعون
بالاوساق وقيمة الوسق اربعون درهما ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته
وهي الغنى ولهذا لا يشترط الحول لانه للاستنماء وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله عم
ليس في الخضروات صدقة والزكوة غير منفية فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما
محمول على صدقة ياخذها العاشر وبه اخذ ابو حنيفة فيه ولان الارض قد تستنمى
بما لا يبقى والسبب هي الارض النامية ولهذا يجب فيها الخراج اما الحطب والقصب والحشيش
لا تستنبت في الجنان عادة بل تنقى عنها حتى لو اتخذها مقصبة او مشجرة او منبتا
للحشيش يجب فيها العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي اما قصب السكر
وقصب الذريرة ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف
والتبن لان المقصود الحب والتمر دونهما قال وما سقي بغرب او دالية او سانية ففيه
نصف العشر على القولين لان المؤنة تكثر فيه وتقل فيما يسقى بالسماء او
بالسيح وان سقي سيحا او بدالية فالمعتبر اكثر السنة كما هو في السائمة قال
ابو يوسف فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر اذا بلغت قيمته
قيمة خمسة اوسق من ادنى ما يدخل تحت الوسق كالذرة في زماننا لانه لا يمكن التقدير
الشرعي فيه فاعتبرت قيمته كما في عروض التجارة وقال محمد يجب العشر اذا بلغ الخارج
خمسة اعداد من اعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة احمال كل حمل ثلث
مائة من وفي الزعفران خمسة امنان لان التقدير بالوسق كان باعتبار انه
اعلى ما يقدر به وفي العسل العشر اذا اخذ من ارض العشر وقال الشافعي لا يجب

لانه متولد من الحيوان فاشبه الابريسم ولنا قوله عم في العسل العشر ولان
النحل يتناول من الانوار والثمار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما بخلاف
دود القز لانه يتناول الاوراق ولا عشر فيها ثم عند ابي حنيفة رح يجب فيه
العشر قل او كثر لانه لا يعتبر النصاب وعن ابي يوسف انه يعتبر فيه القيمة
كما هو اصله وعنه انه لا شيء فيه حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني شبابة
انهم كانوا يؤدون الى النبي عم كذلك وعنه خمسة امناء وعن محمد خمسة افراق
كل فرق ستة وثلثون رطلا لانه اقصى ما يقدر به وكذا في قصب السكر وما
يوجد في الجبال من العسل والثمار ففيه العشر وعن ابي يوسف انه لا يجب لانعدام
السبب وهو الارض النامية وجه الظاهر ان المقصود حاصل وهو الخارج
وكل شيء اخرجته الارض مما فيه العشر لا يحتسب فيه اجرة العمال ونفقة البقر
لان النبي عليه السلام حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة فلا معنى لرفعها
قال تغلبي له ارض عشر عليه العشر مضاعفا عرف ذلك باجماع الصحابة رضي
وعن محمد ان فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشرا واحدا لان الوظيفة عنده
لا تتغير بتغير المالك فان اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم لجواز
التضعيف عليه في الجملة كما اذا مر على العاشر وكذا اذا اشتريها منه مسلم او
اسلم التغلبي عند ابي حنيفة سواء كان التضعيف اصليا او حادثا لان
التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل الى المسلم بما فيها كالخراج وقال
ابو يوسف يعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف قال في الكتاب وهو
قول محمد فيما صح عنه قال رضي الله عنه اختلفت النسخ في بيان قوله والاصح انه
مع ابي حنيفة في بقاء التضعيف الا ان قوله لا يتأتى الا في الاصلي لان التضعيف
الحادث لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة ولو كانت الارض لمسلم باعها
من نصراني يريد به ذميا غير تغلبي وقبضها فعليه الخراج عند ابي حنيفة لانه
اليق بحال الكافر وعند ابي يوسف عليه العشر مضاعفا ويصرف مصارف الخراج
اعتبارا بالتغلبي وهذا اهون من التبديل وعند محمد هي عشرية على حالها لانه
صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف الصدقات
وفي رواية يصرف مصارف الخراج فان اخذها منه مسلم بالشفعة او ردت
على البائع لفساد البيع فهي عشرية كما كانت اما الاول فلتحول الصفقة الى

الى الشفيع كانه اشتراها من المسلم واما الثاني فلانه بالرد والفسخ بحكم
الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان حق المسلم لم ينقطع بهذا الشراء لكونه
مستحق الرد واذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر معناه
اذا سقاه بماء العشر واما اذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لان
المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء وليس على المجوسي شيء في داره لان عمر رض
جعل المساكن عفوا وان جعلها بستانا فعليه الخراج وان سقاها بماء العشر
لتعذر ايجاب العشر اذ فيه معنى القربة فتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله
وعلى قياس قولهما يجب العشر في الماء العشري الا ان عند محمد عشرا واحدا
وعند ابي يوسف عشران وقد مر الوجه ثم الماء العشري ماء السماء والابار و
العيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية احد والماء الخراجي الانهار التي
شقها الاعاجم وماء جيحون وسيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد
لانه لا يحميها احد كالبحار وخراجي عند ابي يوسف لانه يتخذ عليها القناطير
من السفن وهذا يد عليها وفي ارض الصبي والمرأة التغلبيين ما في الارض
يعني العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية لان الصلح
جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمرأة اذا كانا
من المسلمين فعليهما العشر فيضعف اذا كانا منهم وليس في عين القير
والنفط في ارض العشر شيء لانه ليس من انزال الارض وانما هو عين فوارة
كعين الماء وعليه في ارض الخراج خراج وهذا اذا كان حريمه صالحا للزراعة
لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

الاصل فيه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الاية فهذه ثمانية
اصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم لان الله تعالى اعز الاسلام واغنى عنهم
وعلى ذلك انعقد الاجماع والفقير من له ادنى شيء والمسكين من لا شيء له
وهذا مروي عن ابي حنيفة وقد قيل على العكس ولكل وجه ثم هما صنفان او صنف
واحد سنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى والعامل يدفع اليه الامام ان عمل
بقدر عمله فيعطيه ما يسعه واعوانه غير مقدر بالثمن خلافا للشافعي لان
استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا ياخذ وان كان غنيا الا ان فيه شبهة
الصدقة فلا ياخذها العامل الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول عم عن شبهة

والصبي والفقه لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم يعتبر الشبهة في حقه وفي الرقاب
يعان المكاتبون منها في فك رقابهم هو المنقول والغارم من لزمه دين ولا
يملك نصابا فاضلا عن دينه وقال الشافعي رح من تحمل غرامة في اصلاح
ذات البين واطفاء النائرة بين القبيلتين وفي سبيل الله منقطع
الغزاة عند ابي يوسف رح لانه هو المتفاهم عند الاطلاق وعند محمد رح منقطع الحاج
لما روي ان رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله فامره النبي عم ان يحمل عليه الحاج
ولا يصرف الى اغنياء الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء وابن السبيل
من كان له مال في وطنه وهو في مكان لا شيء له فيه فهذه جهات الزكوة
وللمالك ان يدفع الى كل واحد منهم وله ان يقتصر على صنف واحد وقال
الشافعي رح لا يجوز الا ان يصرف الى ثلثة من كل صنف لان الاضافة بحرف
اللام للاستحقاق ولنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق
وهذا لما عرف ان الزكوة حق الله تعالى وبعلة الفقر صاروا مصارف فلا يبالي
باختلاف جهاته والذي ذهبنا اليه مروي عن عمر وابن عباس رض ولا يجوز ان
تدفع الزكوة الى ذمي لقوله عم لمعاذ رض خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم
ويدفع ما سوى ذلك من الصدقة وقال الشافعي رح لا يدفع وهو رواية عن ابي يوسف
اعتبارا بالزكوة ولنا قوله عم تصدقوا على اهل الاديان كلها ولولا حديث معاذ
لقلنا بالجواز في الزكوة ولا يبنى بها مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام التمليك
وهو الركن ولا يقضى بها دين ميت لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك
منه لا سيما من الميت ولا يشترى بها رقبة تعتق خلافا لمالك ذهب اليه في تاويل قوله تعالى
وفي الرقاب ولنا ان الاعتاق اسقاط الملك وليس بتمليك ولا تدفع الى غني لقوله
عليه السلام لا تحل الصدقة لغني وهو باطلاقه حجة على الشافعي رح في غني الغزاة
وكذا حديث معاذ رض على ما روينا ولا يدفع المزكي زكوته الى ابيه وجده
وان علا ولا الى ولده وولد ولده وان سفل لان منافع الاملاك بينهم متصلة
فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا الى امرأته للاشتراك في المنافع عادة ولا تدفع
المرأة الى زوجها عند ابي حنيفة رح لما ذكرنا وقالا تدفع اليه لقوله عم لك اجران
اجر الصدقة واجر الصلة قاله لامرأة ابن مسعود وقد سألته عن التصدق
عليه قلنا هو محمول على النافلة ولا يدفع الى مكاتبه ومدبره وام ولده

لفقدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك
ولا الى عبد قد اعتق بعضه عند ابي حنيفة رح لانه بمنزلة المكاتب عنده وقالا يدفع
اليه لانه حر مديون عندهما ولا يدفع الى مملوك غني لان الملك واقع لمولاه ولا
الى ولد غني اذا كان صغيرا لانه يعد غنيا بمال ابيه بخلاف ما اذا كان كبيرا
فقيرا لانه لا يعد غنيا بيسار ابيه وان كان نفقته عليه وبخلاف امرأة الغني
لانها اذا كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار الزوج وبقدر النفقة لا تصير
موسرة ولا يدفع الى بني هاشم لقوله عم يا بني هاشم ان الله تعالى حرم عليكم غسالة
الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف التطوع لان المال ههنا
كالماء يتدنس باسقاط الفرض اما التطوع بمنزلة التبرد بالماء قال وهم آل
عباس وآل علي وآل جعفر وآل عقيل وآل الحارث بن عبد المطلب ومواليهم
اما هؤلاء فلانهم ينسبون الى هاشم بن عبد مناف ونسبة القبيلة اليه واما
مواليهم فلما روي ان مولى لرسول الله عم سأله اتحل لي الصدقة فقال لا انت
مولانا بخلاف ما اذا اعتق القرشي عبدا نصرانيا حيث تؤخذ منه الجزية ويعتبر
حال المعتق لانه القياس والالحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة قال ابو حنيفة
ومحمد اذا دفع الزكوة الى رجل يظنه فقيرا ثم بان انه غني او كافر او هاشمي او
دفع في ظلمة فبان انه ابوه او ابنه فلا اعادة عليه وقال ابو يوسف عليه الاعادة
لظهور خطائه بيقين وامكان الوقوف على هذه الاشياء وصار كالاواني والثياب
ولهما حديث معن بن يزيد فانه عم قال فيه يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك
ما اخذت وقد دفع اليه وكيل ابيه صدقته ولان الوقوف على هذه الاشياء
بالاجتهاد دون القطع فيبتني الامر فيها على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت
عليه القبلة وعن ابي حنيفة في غير الغني انه لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا اذا تحرى
فدفع وفي اكبر رايه انه مصرف اما اذا شك ولم يتحر او تحرى فدفع وفي اكبر رايه
انه ليس بمصرف لا يجزيه الا اذا علم انه فقير هو الصحيح ولو دفع الى شخص ثم علم انه عبده
او مكاتبه لا يجزيه لانعدام التمليك لعدم اهلية الملك وهو الركن على ما عرف
ولا يجوز دفع الزكوة الى من يملك نصابا من اي مال كان لان الغنى الشرعي مقدر به
والشرط ان يكون فاضلا عن الحاجة الاصلية وانما النماء شرط الوجوب
ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك وان كان صحيحا مكتسبا لانه فقير

والفقراء هم المصارف ولأن حقيقة الحاجة لا يمكن الوقوف عليها فأدير الحكم
على دليلها وهو فقد النصاب ويكره أن يدفع إلى واحد مائتي درهم فصاعدا
وإن دفع جاز وقال زفر لا يجوز لأن الغنى قارن الأداء فحصل الأداء إلى الغني
ولنا أن الغنى حكم الأداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغنى منه كمن صلى وبقربه
نجاسة قال وإن يغني به إنسانا أحب إلي معناه الإغناء عن السؤال لأن الإغناء
مطلقا مكروه ويكره نقل الزكوة من بلد إلى بلد وإنما تفرق صدقة كل فريق فيهم
لما روينا وفيه من حديث معاذ رض وفيه رعاية حق الجوار إلا أن ينقلها الإنسان
إلى قرابته أو إلى قوم هم أحوج من أهل بلده لما فيه من الصلة أو زيادة دفع
الحاجة ولو نقل إلى غيرهم أجزأه وإن كان مكروها لأن المصرف مطلق
الفقراء بالنص

باب صدقة الفطر

قال صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم
إذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه وأثاثه وفرسه وسلاحه
وعبيده أما وجوبها فلقوله عم في خطبته أدوا عن كل حر وعبد صغير أو كبير
نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو صاعا من شعير رواه ثعلبة بن صعير
العدوي أو صعير العذري وبمثله يثبت الوجوب لعدم القطع وشرط الحرية
ليتحقق التمليك والإسلام ليقع قربة واليسار لقوله عم لا صدقة إلا عن ظهر
غنى وهو حجة على الشافعي في قوله تجب على من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه
وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدير الغنى في الشرع به فاضلا عما ذكر من
الأشياء لأنها مستحقة بالحاجة الأصلية والمستحق بالحاجة كالمعدوم ولا يشترط
فيه النماء ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب الأضحية والفطرة
ووجوب نفقة المحارم قال ويخرج ذلك عن نفسه لحديث ابن عمر رض قال فرض النبي عم
زكوة الفطر على الذكر والأنثى الحديث ويخرج عن أولاده الصغار لأن السبب
رأس يمونه ويلي عليه لأنه يضاف إليه يقال زكوة الرأس وهي أمارة السببية والإضافة
إلى الفطر باعتبار أنه وقته ولهذا يتعدد بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم والأصل
في الوجوب رأسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه كأولاده الصغار
لأنه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا إذا كانوا [illegible]
ولا مال للصغار فإن كان لهم مال يؤدي من مالهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف
خلافا لمحمد لأن الشرع أجراه مجرى المؤنة فأشبه النفقة ولا يؤدي عن زوجته

قال محمد يجب على الأب إذا كان غنيا صدقة الفطر لابنه الصغير لأن الواجب عبادة
والعبادة لا تجب على الصبي وإنما أوجبنا على الأب لأن رأسه [illegible]

زوجته لقصور الولاية والمؤنة فإنه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا
يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولا عن أولاده الكبار وإن كانوا في عياله
لانعدام الولاية ولو أدى عنهم أو عن زوجته بغير أمرهم أجزأه استحسانا
لثبوت الإذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه
لفقره وفي المدبر وأم الولد ولاية المولى ثابتة فيخرج عنهما ولا يخرج عن مماليكه
للتجارة خلافا للشافعي فإن عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكوة
على المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكوة فيؤدي إلى الثنى
والعبد بين الشريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في حق
كل واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين عند أبي حنيفة وقالا على كل واحد ما يخصه
من الرؤس دون الأشقاص بناء على أنه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل
هو بالإجماع لأنه لا يجتمع النصيب قبل القسمة فلم يتم الرقبة لكل واحد منهما
ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر لإطلاق ما روينا ولقوله عم في حديث
ابن عباس رض أدوا عن كل حر وعبد يهودي أو نصراني أو مجوسي الحديث ولأن
السبب قد تحقق والمولى من أهله وفيه خلاف الشافعي لأن الوجوب عنده على العبد
وهو ليس من أهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق ومن باع عبدا
وأحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له معناه إذا مر يوم الفطر والخيار باق
وقال زفر على من له الخيار لأن الولاية له وقال الشافعي على من له الملك لأنه من
وظائفه كالنفقة ولنا أن الملك موقوف فإنه لو رد يعود إلى قديم ملك البائع
ولو أجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتني عليه بخلاف
النفقة لأنها للحاجة الناجزة فلا يقبل التوقف وزكوة التجارة على هذا
الخلاف

فصل في مقدار الواجب ووقته

الفطرة نصف صاع من بر أو دقيق
أو سويق أو زبيب أو صاع من تمر أو شعير وقال أبو يوسف ومحمد الزبيب بمنزلة
الشعير وهو رواية عن أبي حنيفة والأول رواية الجامع الصغير وقال الشافعي
من جميع ذلك صاع لحديث أبي سعيد الخدري قال كنا نخرج ذلك على عهد
رسول الله عم ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة رض فيهم الخلفاء الراشدون
وما رواه محمول على الزيادة تطوعا ولهما في الزبيب أنه والتمر يتقاربان في المقصود
وله أنه والبر يتقاربان في المعنى لأنه يؤكل كل واحد منهما ويلقى من التمر النواة

وفي الشعير النخالة وبهذا ظهر التفاوت بين التمر والبر ومراده من الدقيق
والسويق ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير فكالشعير والاولى ان يراعى فيهما
القدر والقيمة احتياطا وان نص على الدقيق في بعض الاخبار ولم يبين ذلك
في الكتاب اعتبارا للغالب والخبز يعتبر فيه القيمة هو الصحيح ثم يعتبر نصف
صاع من بر وزنا فيما روي عن ابي حنيفة رح وعن محمد رح انه يعتبر كيلا والدقيق اولى
من البر والدراهم اولى من الدقيق فيما روي عن ابي يوسف رح وهو اختيار الفقيه
ابي جعفر لانه ادفع للحاجة واعجل به وعن ابي بكر الاعمش تفضيل الحنطة لانه
ابعد عن الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي رح والصاع عند ابي حنيفة
ومحمد ثمانية ارطال بالعراقي وقال ابو يوسف خمسة ارطال وثلث رطل وهو قول
الشافعي لقوله عليه السلام صاعنا اصغر الصيعان ولنا ما روي انه عم كان
يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رض
وهو اصغر من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي قال ووجوب الفطرة
يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر وقال الشافعي بغروب الشمس في اليوم الاخير
من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر تجب فطرته عندنا وعنده
لا تجب وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده له انه يختص بالفطر
وهذا وقته ولنا ان الاضافة للاختصاص والاختصاص للفطر باليوم
دون الليل ويستحب ان يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج
الى المصلى لانه عم كان يخرج قبل ان يخرج ولان الامر بالاغناء كيلا يتشاغل
الفقير بالمسألة عن الصلوة وذلك بالتقديم فان قدموها على يوم الفطر
جاز لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل في الزكوة ولا تفصيل بين مدة
ومدة وهو الصحيح وان اخروها عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم اخراجها
لان وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر وقت الاداء فيها بخلاف الاضحية

كتاب الصوم

قال الصوم ضربان واجب ونفل والواجب ضربان منه ما
يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين فيجوز بنية من الليل
وان لم ينو حتى اصبح اجزأته النية ما بينه وبين الزوال وقال الشافعي لا يجزيه اعلم
ان صوم رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم الصيام وعلى فرضيته انعقد
الاجماع ولهذا يكفر جاحده والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم وسبب

الاول الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره وكل يوم سبب لوجوب
صومه وسبب الثاني النذر والنية من شرطه وسنبينه ونفسره ان شاء الله تعالى
وجه قوله في الخلافية قوله عم لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولانه لما فسد الجزء
لفقد النية فسد الثاني ضرورة انه لا يتجزى بخلاف النفل لانه يتجزى عنده ولنا
قوله عم بعد ما شهد الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن
لم ياكل فليصم وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم
من الليل ولانه صوم يوم فيتوقف الامساك في اوله على النية المتأخرة المقترنة
باكثره كالنفل وهذا لان الصوم ركن واحد ممتد والنية لتعيينه لله تعالى
فيترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلوة والحج لان لهما اركانا فيشترط
قرانها بالعقد على ادائهما وبخلاف القضاء لانه يتوقف على صوم ذلك
اليوم وهو النفل وبخلاف ما بعد الزوال لانه لم يوجد اقترانها بالاكثر فترجحت
جنبة الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير
قبل نصف النهار وهو الاصح لانه لا بد من وجود النية في اكثر النهار
ونصفه من وقت طلوع الفجر الى وقت الضحوة الكبرى فيشترط
النية قبلها لتتحقق في الاكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم خلافا لزفر لانه لا
تفصيل فيما ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من الصوم يتأدى بمطلق النية
وبنية النفل وبنية واجب آخر وقال الشافعي في نية النفل عابث وفي مطلقها
له قولان لانه بنية النفل معرض عن الفرض فلا يكون له الفرض ولنا ان الفرض
متعين فيه فيصاب باصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه واذا
نوى النفل او واجبا آخر فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة
فبقي الاصل وهو كاف ولا فرق بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم
عند ابي يوسف ومحمد لان الرخصة كيلا يلزم المعذور مشقة فاذا تحملها التحق
بغير المعذور وعند ابي حنيفة اذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر
يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه في الحال وتخيره في صوم رمضان
الى ادراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على احديهما انه ما صرف
الوقت الى الاهم قال والضرب الثاني ما يثبت في الذمة كقضاء رمضان وصوم
الكفارة فلا يجوز الا بنية من الليل لانه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء

والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال خلافا لمالك فانه يتمسك باطلاق ما روينا
ولنا قوله عليه السلام بعد ما كان يصبح غير صائم اني اذا لصائم ولان المشروع
خارج رمضان هو النفل فيتوقف الامساك في اول اليوم على صيرورته صوما
بالنية على ما ذكرنا ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الشافعي جاز ويصير صائما
من حين نوى اذ هو متجز عنده لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد
الزوال الا ان من شرطه الامساك في اول النهار وعندنا يصير صائما
من اول النهار لانه عبادة قهر النفس وهي انما تتحقق بامساك مقدر فيعتبر
قران النية باكثره

فصل في رؤية الهلال

قال وينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال
في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان راوه صاموا وان غم عليهم اكملوا
عدة شعبان ثلثين يوما ثم صاموا لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته و
افطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلثين يوما ولان
الاصل بقاء الشهر فلا ينقل عنه الا بدليل ولم يوجد ولا يصومون يوم
الشك الا تطوعا لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان
الا تطوعا وهذه المسئلة على وجوه احدها ان ينوي صوم رمضان وهو
مكروه لما روينا ولانه تشبه باهل الكتاب لانهم زادوا في مدة صومهم ثم ان
ظهر ان اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان ظهر انه من
شعبان كان تطوعا وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون والثاني
ان ينوي عن واجب آخر وهو مكروه ايضا لما روينا الا ان هذا دون الاول
في الكراهة ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه لوجود اصل النية وان ظهر انه
من شعبان فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا يتادى به الواجب وقيل
اجزاه عن الذي نواه وهو الاصح لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان بصوم
رمضان لا يقوم بكل صوم بخلاف يوم العيد لان المنهي عنه وهو ترك الاجابة
يلازم كل صوم والكراهة ههنا لصورة النهي والثالث ان ينوي التطوع
وهو غير مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي في قوله يكره على سبيل الاستقلال
والمراد بقوله عليه السلام لا تتقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث
التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل اوانه ثم ان وافق صوما كان يصومه
فالصوم افضل بالاجماع وكذا اذا صام ثلثة من آخر الشهر فصاعدا وان

افرده فقد قيل الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي وقيل الصوم
افضل اقتداء بعلي وعائشة رضي الله عنهما فانهما كانا يصومانه والمختار
ان يصوم المفتي بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت
الزوال ثم بالافطار نفيا للتهمة والرابع ان يضجع في اصل النية بان ينوي
ان يصوم غدا ان كان من رمضان ولا يصوم ان كان من شعبان ففي هذا
الوجه لا يصير صائما لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا نوى انه ان وجد غداء
غدا يفطر وان لم يجد يصوم والخامس ان يضجع في وصف النية بان ينوي
ان كان غدا من رمضان يصوم عنه وان كان من شعبان فعن واجب آخر وهذا
مكروه لتردده بين امرين مكروهين ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه لعدم التردد
في اصل النية وان ظهر انه من شعبان لا يجزيه عن واجب آخر لان الجهة لم تثبت
للتردد فيها واصل النية لا يكفيه لكنه يكون تطوعا غير مضمون بالقضاء
لشروعه فيه مسقطا وان نوى عن رمضان ان كان غدا منه وعن التطوع ان كان
من شعبان يكره لانه ناو للفرض من وجه ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه عنه
لما مر وان ظهر انه من شعبان جاز عن نفله لانه يتادى باصل النية ولو افسده
يجب ان لا يقضيه لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه قال ومن راى هلال رمضان
وحده صام وان لم يقبل الامام شهادته لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وقد راى
وان افطر فعليه القضاء دون الكفارة وقال الشافعي عليه الكفارة ان افطر
بالوقاع لانه افطر في رمضان حقيقة لتيقنه به وحكما لوجوب الصوم عليه
ولنا ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فاورث شبهة
وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته
اختلف المشايخ فيه ولو اكمل هذا الرجل ثلثين يوما لم يفطر الا مع الامام
لان الوجوب عليه للاحتياط والاحتياط بعد ذلك في تاخير الافطار ولو
افطر لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده قال واذا كان بالسماء علة قبل
الامام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال رجلا كان او امراة حرا كان او
عبدا لانه امر ديني فاشبه رواية الاخبار ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة وتشترط
العدالة لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول وتاويل قول الطحاوي
عدلا كان او غير عدل ان يكون مستورا والعلة غيم او غبار او نحوه وفي اطلاق

ط لعل المراد من العلم غالب الرأي لا العلم القطعي وهذا الاختلاف بناء على الاختلاف في تفسير الجمع الكثير فعند أبي يوسف رحمه الله
الجمع الكثير مقدر بخمسين وعند محمد رحمه الله ما يدخل في حد التواتر اهل بلدة رأوا الهلال هل يلزم ذلك في حق بلدة اخرى اختلف فيه وفي ظاهر
الرواية لا عبرة باختلاف المطالع

جواب الكتاب يتخلل المحدود في القذف بعدما تاب وهو ظاهر الرواية لأنه
خبر وعن أبي حنيفة أنها لا تقبل لأنه شهادة من وجه وكان الشافعي في أحد
قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرناه وقد صح أن النبي عليه السلام قبل شهادة الواحد
في رؤية هلال رمضان ثم إذا قبل الإمام شهادة الواحد وصاموا ثلاثين يوما
لا يفطرون فيما روى الحسن عن أبي حنيفة للاحتياط ولأن الفطر لا يثبت
بشهادة الواحد وعن محمد أنهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت
الرمضانية بشهادة الواحد وإن كان لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق الإرث
بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة وإذا لم تكن بالسماء علة لم تقبل
الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم لأن المتفرد بالرؤية في مثل
هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعا كثيرا بخلاف ما إذا
كان بالسماء علة لأنه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض النظر
ثم قيل في حد الكثير أهل المحلة وعن أبي يوسف خمسون رجلا اعتبارا
بالقسامة ولا فرق بين أهل المصر ومن ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي
أنه تقبل شهادة الواحد إذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع وإليه
الإشارة في كتاب الاستحسان وكذا إذا كان على مكان مرتفع في المصر ومن
رأى هلال الفطر وحده لم يفطر احتياطا وفي الصوم الاحتياط في الإيجاب
وإذا كان في السماء علة لم تقبل في هلال الفطر إلا شهادة رجلين أو رجل
وامرأتين لأنه تعلق به نفع العبد وهو الفطر فأشبه سائر حقوقه والأضحى
كالفطر في هذا في ظاهر الرواية وهو الأصح خلافا لما يروى عن أبي حنيفة
أنه كهلال رمضان لأنه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم الأضاحي
وإن لم تكن بالسماء علة لم تقبل إلا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا
قال ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس لقوله تعالى
وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود إلى أن قال
ثم أتموا الصيام إلى الليل والخيطان بياض النهار وسواد الليل والصوم
هو الإمساك عن الأكل والشرب والجماع نهارا مع النية لأنه في حقيقة اللغة
هو الإمساك لورود الاستعمال فيه إلا أنه زيد عليه النية في الشرع ليتميز بها
العبادة من العادة واختص بالنهار لما تلونا ولأنه لما تعذر الوصال كان

ويشترط فيه الحرية والعدد ينبغي أن يشترط فيه لفظ الشهادة وأما الدعوى ينبغي أن لا يشترط في عتق الأمة وطلاق الحرة عند الكل
وفي عتق العبد في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وأما على قياس قول أبي حنيفة ينبغي أن يشترط الدعوى في هلال الفطر وهلال رمضان
كما في عتق العبد عنده فلا يقبل شهادة المحدود فيه وإن تاب وهو قول أبي حنيفة رحمه الله

ط وهو أن يكون ذاكرا للصوم غير قاصد للشرب كما إذا تمضمض وفي المبسوط إذا تمضمض الصائم فسبقه الماء
فدخل حلقه فإن لم يكن ذاكرا للصوم فصومه تام كما لو شرب وإن كان ذاكرا لصومه فعليه القضاء عندنا خلافا للشافعي

كان تعيين النهار أولى ليكون على خلاف العادة وعليه مبنى العبادة
والطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الأداء في حق النساء

باب ما يوجب القضاء والكفارة

وإذا أكل الصائم أو شرب أو جامع ناسيا لم يفطر
والقياس أن يفطر وهو قول مالك لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسيا
في الصلاة ووجه الاستحسان قوله عليه السلام للذي أكل وشرب ناسيا تم على صومك فإنما
أطعمك الله تعالى وسقاك وإذا ثبت في الأكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء
في الركنية بخلاف الصلاة لأن هيئة الصلاة مذكرة فلا يغلب النسيان ولا مذكر
في الصوم فيغلب ولا فرق بين الفرض والنفل لأن النص لم يفصل ولو كان
مخطئا أو مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي فإنه يعتبره بالناسي ولنا أنه
لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ولأن النسيان من قبل من له الحق والإكراه
من قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء الصلاة فإن نام فاحتلم
لم يفطر لقوله عليه السلام ثلاث لا يفطرن الصائم القيء والحجامة والاحتلام ولأنه لم توجد
صورة الجماع ولا معناه وهو الإنزال عن شهوة بالمباشرة وكذا إذا نظر إلى
امرأة فأمنى لما بينا فصار كالمتفكر إذا أمنى وكالمستمني بالكف على ما قالوا
وإن ادهن لم يفطر لعدم المنافي وكذا إذا احتجم لهذا ولما روينا ولو اكتحل لم يفطر
لأنه ليس بين العين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق والداخل من المسام
لا ينافي كما إذا اغتسل بالماء البارد ولو قبل لا يفسد صومه يريد به إذا لم ينزل لعدم
المنافي صورة ومعنى بخلاف الرجعة والمصاهرة لأن الحكم هناك أدير على
السبب على ما نبينه في موضعه إن شاء الله تعالى وإن أنزل بقبلة أو لمس فعليه القضاء دون
الكفارة لوجود معنى الجماع ووجود المنافي صورة أو معنى يكفي لإيجاب القضاء
احتياطا أما الكفارة فتفتقر إلى كمال الجناية لأنها تندرئ بالشبهات كالحدود
ولا بأس بالقبلة إذا أمن على نفسه الجماع أو الإنزال ويكره إن لم يأمن لأن عينه
ليس بمفطر وربما يصير فطرا بعاقبته فإن أمن يعتبر عينه وأبيح له وإن لم يأمن
تعتبر عاقبته وكره له والشافعي أطلق فيه في الحالين والحجة عليه ما ذكرناه
والمباشرة مثل التقبيل في ظاهر الرواية وعن محمد أنه كره المباشرة الفاحشة لأنه
قلما يخلو عن الفتنة ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر والقياس
أن يفسد صومه لوصول المفطر إلى جوفه وإن كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة

وجه الاستحسان انه لا يستطاع الامتناع عنه فاشبه الغبار والدخان و
اختلفوا في المطر والثلج والاصح انه يفسد لامكان الامتناع عنه اذا اواه
خيمة او فسطاط او سقف ولو اكل لحما بين اسنانه لم يفطر وان كان كثيرا
يفطر وقال زفر يفطر في الوجهين لان الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه
بالمضمضة ولنا ان القليل تابع لاسنانه بمنزلة ريقه بخلاف الكثير
لانه لا يبقى فيما بين الاسنان والفاصل مقدار الحمصة وما دونها قليل
وان اخرجه بيده ثم اكل ينبغي ان يفسد صومه لما روي عن محمد رح ان الصائم
اذا ابتلع السمسمة بين اسنانه لا يفسد صومه ولو اكلها ابتداء يفسد صومه
ولو مضغها لا تفسد لانها تتلاشى وفي مقدار الحمصة عليه القضاء دون
الكفارة عند ابي يوسف رح وعند زفر عليه الكفارة ايضا لانه طعام متغير
ولابي يوسف انه يعافه الطبع فان ذرعه القيء لم يفطر لقوله عم من قاء فلا
قضاء عليه ومن استقاء عمدا فعليه القضاء ويستوي فيه ملاء الفم وما دونه
فلو عاد وكان ملاء الفم فسد عند ابي يوسف لانه خارج حتى انتقض به
الطهارة وقد دخل وعند محمد لا يفسد لانه لم يوجد صورة الفطر وهو الابتلاع
وكذا معناه لانه لا يتغذى به عادة وان اعاده فسد بالاجماع لوجود الادخال
بعد الخروج فيتحقق صورة الفطر وان كان اقل من ملاء الفم فعاد لم يفسد
صومه لانه غير خارج ولا صنع له في الادخال وان اعاد فكذلك عند ابي يوسف
لعدم الخروج وعند محمد رح يفسد لوجود الصنع منه في الادخال فان استقاء
عامدا ملاء فيه فعليه القضاء لما روينا والقياس متروك به ولا كفارة عليه
لعدم الصورة فان كان اقل من ملاء الفم فكذلك عند محمد لاطلاق الحديث
وعند ابي يوسف لا يفسد لعدم الخروج حكما ثم ان عاد لم يفسد عنده لعدم
سبق الخروج وان اعاده فعنه انه لا يفسد لما ذكرنا وعنه انه يفسد فالحقه بملاء
الفم لكثرة الصنع ومن ابتلع الحصاة او الحديد افطر لوجود صورة
الفطر ولا كفارة عليه لعدم المعنى ومن جامع عامدا في احد السبيلين فعليه
القضاء استدراكا للمصلحة الفائتة والكفارة لتكامل الجناية ولا يشترط
الانزال في المحلين اعتبارا بالاغتسال وهذا لان قضاء الشهوة يتحقق
دونه وانما ذلك شبع وعن ابي حنيفة انه لا تجب الكفارة بالجماع في الموضع

في الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده والاصح انه تجب الكفارة لان الجناية
متكاملة لقضاء الشهوة ولو جامع ميتة او بهيمة فلا كفارة عليه انزل او لم ينزل
خلافا للشافعي رح لان الجناية تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم
يوجد ثم عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المرأة وقال الشافعي
في قول لا تجب عليها لانها متعلقة بالجماع وهو فعله وانما هي محل الفعل وفي قول
يتحمل الرجل عنها اعتبارا بماء الاغتسال ولنا قوله عم من افطر في نهار رمضان
فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الذكور والاناث ولان السبب جناية الافساد لا نفس
الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل لانها عبادة او عقوبة ولا يجري فيها التحمل
ولو اكل او شرب ما يتغذى به او يتداوى به فعليه القضاء والكفارة وقال الشافعي
لا كفارة عليه لانها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة
فلا يقاس عليه غيره ولنا ان الكفارة تعلقت بجناية الافطار في رمضان
على وجه الكمال وقد تحققت وبايجاب الاعتاق تكفيرا عرف ان التوبة
غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال والكفارة مثل كفارة الظهار لما روينا
ولحديث الاعرابي فانه قال يا رسول الله هلكت واهلكت فقال ماذا صنعت
فقال واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمدا فقال عم اعتق رقبة فقال لا املك
الا رقبتي هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل جاءني ما جاءني الا من
الصوم فقال اطعم ستين مسكينا فقال لا اجد فامر رسول الله عليه السلام ان يؤتى
بفرق من تمر ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعا فقال فرقها على المساكين فقال
والله ليس بين لابتي المدينة احد احوج مني ومن عيالي فقال عم كل انت وعيالك
يجزيك ولا يجزي احدا بعدك وهو حجة على الشافعي في قوله بالتخيير لان مقتضاه
الترتيب وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه ومن جامع فيما دون الفرج
فانزل فعليه القضاء لوجود الجماع معنى ولا كفارة لانعدام صورة وليس في
افساد الصوم في غير رمضان كفارة لان الافطار في رمضان ابلغ في الجناية
فلا يلحق غيره به ومن احتقن او استعط او اقطر في اذنه افطر لقوله عليه السلام
الفطر مما دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف
ولا كفارة عليه لانعدام الصورة ولو اقطر في اذنه الماء او دخله لا يفسد صومه
لانعدام المعنى والصورة بخلاف ما اذا دخله الدهن وان داوى جائفة او آمة

بدواء فوصل الى جوفه او دماغه افطر عند ابي حنيفة رح والذي يصل هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مرة واتساعه اخرى كما في اليابس من الدواء وله ان رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فيزداد ميلا الى الاسفل فيصل الى الجوف بخلاف اليابس لانه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها ولو اقطر في احليله لم يفطر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يفطر وقول محمد مضطرب فيه فكانه وقع عند ابي يوسف ان بينه وبين الجوف منفذا ولهذا يخرج منه البول ووقع عند ابي حنيفة ان المثانة بينهما حائل والبول يترشح منه وهذا ليس من باب الفقه ومن ذاق شيئا بفمه لم يفطر لعدم الفطر صورة ومعنى ويكره له ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ويكره للمرأة ان تمضغ الطعام لصبيها اذا كان لها منه بد ولا بأس اذا لم تجد منه بدا صيانة للولد الا يرى ان لها ان تفطر اذا خافت على الولد ومضغ العلك لا يفطر الصائم لانه لا يصل الى جوفه وقيل اذا لم يكن ملتئما يفسد لانه يصل اليه بعض اجزائه وقيل اذا كان اسود يفسد وان كان ملتئما لانه يتفتت الا انه يكره للصائم لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ولانه يتهم بالافطار ولا يكره للمرأة اذا لم تكن صائمة لقيامه مقام السواك في حقهن ويكره للرجال على ما قيل اذا لم يكن من علة وقيل لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء ولا بأس بالكحل ودهن الشارب لانه نوع ارتفاق وهو ليس من محظور الصوم وقد ندب النبي عليه السلام الى الاكتحال يوم عاشوراء والى الصوم فيه ولا بأس بالاكتحال للرجال اذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحسن دهن الشارب اذا لم يكن من قصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت بقدر المسنون وهو القبضة ولا بأس بالسواك الرطب بالغداة والعشي لقوله عم خير خلال الصائم السواك من غير فصل وقال الشافعي رح يكره بالعشي لما فيه من ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف فشابه دم الشهيد قلنا هو اثر العبادة واللائق به الاخفاء بخلاف دم الشهيد لانه اثر الظلم ولا فرق بين الرطب الاخضر وبين المبلول بالماء لما روينا

فصل

ومن كان مريضا في رمضان فخاف ان صام ازداد مرضه افطر وقضى وقال الشافعي رح لا يفطر هو يعتبر خوف الهلاك او فوات العضو كما يعتبر في التيمم

... الجوع والعطش اصل ذلك قوله تع فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر ... هذه الرخصة لا يتعلق بنفس المرض لانه متنوع كذا بنفعه الصوم ومنه ما يضره ... في الرخصة متعلقة بنفس السفر اذ هو غير متنوع بل هو سبب المشقة لا محالة

فان قلت كيف اعتبرتم قراءة ابن مسعود رض في صفة التتابع في كفارة اليمين واوجبتم متتابعا ولم تعتبروا قراءة ابن ابي رض في قضاء رمضان مع انه قرا وقرأ تع فمن كان منكم مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر متتابعات قلت الفرق بينهما على وجهين احدهما ان قراءة ابي لم تشتهر وصارت بمنزلة خبر الواحد فحينئذ لا يجوز الزيادة على كتاب الله وقراءة ابن مسعود رح كانت مشهورة الى زمن ابي حنيفة رح والزيادة تثبت بخبر المشهور فكذا بالقراءة المشهورة

التمييز ونحن نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضي الى الهلاك فيجب الاحتراز عنه وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه افضل وان افطر جاز لان السفر لا يعرى عن المشقة فجعل نفسه عذرا بخلاف المرض لانه قد يخف بالصوم فشرط كونه مفضيا الى الحرج وقال الشافعي رح الفطر افضل لقوله عم ليس من البر الصيام في السفر ولنا ان رمضان افضل الوقتين فكان الاداء فيه اولى وما رواه محمول على حالة الجهد واذا مات المريض والمسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء لانهما لم يدركا عدة من ايام اخر ولو صح المريض واقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء بقدر الصحة والاقامة لوجود الادراك بهذا المقدار وفائدته وجوب الوصية بالاطعام وذكر الطحاوي فيه خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف رح وبين محمد رح وليس بصحيح وانما الخلاف في النذر والفرق لهما ان النذر سبب فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي هذه المسألة السبب ادراك العدة فيتقدر بقدر ما ادرك وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه لاطلاق النص لكن المستحب المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب فان اخره حتى دخل رمضان آخر صام الثاني لانه في وقته وقضى الاول بعده لانه وقت القضاء ولا فدية عليه لان وجوب القضاء على التراخي حتى كان له ان يتطوع والحامل والمرضع اذا خافتا على انفسهما او ولديهما افطرتا وقضتا دفعا للحرج ولا كفارة عليهما لانه افطار بعذر ولا فدية عليهما خلافا للشافعي رح فيما اذا خافت على الولد هو يعتبره بالشيخ الفاني ولنا ان الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني والفطر بسبب الولد ليس في معناه لانه عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه اصلا والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات والاصل فيه قوله تع وعلى الذين يطيقونه فدية قيل معناه لا يطيقونه ولو قدر على الصوم يبطل حكم الفداء لان شرط الخلفية استمرار العجز ومن مات وعليه قضاء رمضان فاوصى به اطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير لانه عجز عن الاداء في آخر عمره فصار كالشيخ الفاني ثم لا بد من الايصاء عندنا خلافا للشافعي رح وعلى هذا الزكوة هو يعتبره بديون العباد اذ كل ذلك حق مالي تجري فيه النيابة ولنا انه عبادة ولا بد فيه

من الاختيار وذلك بالايصاء دون الوراثة لانها جبرية ثم هو متبرع ابتداء
حتى يعتبر من الثلث والصلوة كالصوم باستحسان المشايخ وكل صلوة تعتبر
بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي لقوله عم لا يصوم احد
عن احد ولا يصلي احد عن احد ومن دخل في صوم التطوع او في صلوة التطوع
ثم افسده قضاه خلافا للشافعي له انه تبرع بالمؤدى فلا يلزمه ما لم يتبرع به
ولنا ان المؤدى قربة وعمل فتجب صيانته بالمضي عن الابطال فاذا وجب المضي
وجب القضاء بتركه ثم عندنا لا يباح الافطار فيه بغير عذر في احدى الروايتين
لما بينا ويباح بعذر والضيافة عذر لقوله عم افطر واقض يوما مكانه
واذا بلغ الصبي او اسلم الكافر في رمضان امسكا بقية يومهما قضاء لحق
الوقت بالتشبه ولو افطرا فيه لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب فيه
وصاما بعده لتحقق السبب والاهلية ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى لعدم
الخطاب وهذا بخلاف الصلوة لان السبب فيها الجزء المتصل بالاداء
فوجدت الاهلية عنده وفي الصوم الجزء الاول والاهلية معدومة عنده
وعن ابي يوسف انه اذا زال الكفر او الصبي قبل الزوال فعليه القضاء لانه
ادرك وقت النية وجه الظاهر ان الصوم لا يتجزى وجوبا واهلية الوجوب
منعدمة في اوله الا ان للصبي ان ينوي التطوع في هذه الصورة دون
الكافر على ما قالوا لان الكافر ليس باهل للتطوع ايضا والصبي اهل له
واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى الصوم اجزأه
لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب ولا صحة الشروع وان كان في رمضان
فعليه ان يصوم لزوال المرخص في وقت النية الا ترى انه لو كان مقيما
في اول اليوم ثم سافر لا يباح له الفطر ترجيحا لجانب الاقامة فهذا اولى الا
انه اذا افطر في المسئلتين لا يلزمه الكفارة لقيام شبهة المبيح ومن اغمي عليه
في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغماء لوجود الصوم فيه
وهو الامساك المقرون بالنية اذ الظاهر وجودها منه وقضى ما بعده
لانعدام النية وان اغمي عليه اول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة
لما قلنا وقال مالك لا يقضي ما بعده لان صوم رمضان عنده يتأدى
بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد من النية لكل يوم لانها عبادات

عبادات متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان لهذه العبادة
بخلاف الاعتكاف ومن اغمي عليه رمضان كله قضاه لانه نوع مرض يضعف
القوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التاخير لا في الاسقاط ومن جن رمضان
كله لم يقضه خلافا لمالك هو يعتبره بالاغماء ولنا ان المسقط هو الحرج والاغماء
لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعبه فيتحقق الحرج وان افاق
المجنون في بعضه قضى ما مضى خلافا لزفر والشافعي هما يقولان لم يجب عليه
الاداء لانعدام الاهلية والقضاء مرتب عليه وصار كالمستوعب ولنا ان
السبب قد وجد وهو الشهر والاهلية بالذمة وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته
مطلوبا على وجه لا يحرج في ادائه بخلاف المستوعب لانه يحرج في الاداء فلا فائدة
وتمامه في الخلافيات ثم لا فرق بين الاصلي والعارضي قيل هذا في ظاهر الرواية
وعن محمد انه فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب
بخلاف ما اذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتاخرين ومن لم ينو
في رمضان كله لا صوما ولا فطرا فعليه قضاؤه وقال زفر صوم رمضان
يتأدى بدون النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه
فعلى اي وجه يؤديه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير ولنا
ان المستحق هو الامساك بجهة العبادة ولا عبادة الا بالنية وفي هبة
النصاب وجد نية القربة على ما مر في الزكوة ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل
لا كفارة عليه عند ابي حنيفة وقال زفر عليه الكفارة لانه يتأدى بغير النية
عنده وقال ابو يوسف ومحمد اذا اكل قبل الزوال تجب الكفارة لانه فوت
امكان التحصيل فصار كغاصب الغاصب ولابي حنيفة ان الكفارة تعلقت
بالافساد وهذا امتناع اذ لا صوم الا بالنية واذا حاضت المرأة او نفست
افطرت وقضت بخلاف الصلوة لانها تحرج في قضائها وقد مر في الصلوة
واذا قدم المسافر او طهرت الحائض في بعض النهار امسكا بقية يومهما وقال
الشافعي لا يجب الامساك وعلى هذا الخلاف كل من صار اهلا للزوم ولم يكن
كذلك في اول اليوم هو يقول التشبه خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل
في حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت اصلا لا خلفا
لانه وقت معظم بخلاف الحائض والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب

عليهم حالة قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه عن الصوم
ومن تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو قد طلع او افطر وهو يرى ان
الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب امسك بقية يومه قضاء لحق الوقت بالقدر
الممكن او نفيا للتهمة وعليه القضاء لانه حق مضمون بالمثل كما في المريض و
المسافر ولا كفارة عليه لان الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه قال عمر رضي الله عنه
ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير والمراد بالفجر الفجر الثاني وقد بيناه في
الصلوة ثم التسحر مستحب لقوله عم تسحروا فان في السحور بركة والمستحب
تاخيره لقوله عم ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتاخير السحور
والسواك الا انه اذا شك في الفجر ومعناه تساوي الظنين فالافضل ان يدع
تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو اكل فصومه تام لان الاصل هو الليل
وعن ابي حنيفة انه اذا كان في موضع لا يستبين الفجر او كانت الليلة مقمرة
او متغيمة او كان ببصره علة وهو يشك لا يأكل ولو اكل فقد اساء لقوله عم
دع ما يريبك الى ما لا يريبك وان كان اكبر رأيه انه اكل والفجر طالع فعليه القضاء
عملا بغالب الرأي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين
لا يزال الا بمثله ولو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل
فلا يتحقق العمدية ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لان الاصل هو
النهار ولو اكل فعليه القضاء عملا بالاصل وان كان اكبر رأيه انه اكل قبل
الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لان النهار هو الاصل ولو كان شاكا
فيه وتبين انها لم تغرب ينبغي ان تجب عليه الكفارة نظرا الى ما هو الاصل وهو
النهار ومن اكل في نهار رمضان ناسيا وظن ان ذلك يفطره فاكل بعد
ذلك متعمدا فعليه القضاء دون الكفارة لان الاشتباه استند الى القياس
فيتحقق الشبهة وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك في رواية عن ابي حنيفة رح
وهو ظاهر الرواية وفي رواية عن ابي حنيفة انها تجب وكذا عنهما لانه لا اشتباه
فلا شبهة وجه الاول قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس فلا ينتفي بالعلم
كوطء الاب جارية ابنه ولو احتجم وظن ان ذلك يفطره ثم اكل متعمدا فعليه
القضاء والكفارة لان الظن ما استند الى دليل شرعي الا اذا افتاه فقيه
بالفساد لان الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث واعتمده فكذا

عند محمد لان قول النبي عم لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف خلاف ذلك
لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث
وان عرف تاويله يجب الكفارة لانتفاء الشبهة وقول الاوزاعي لا يورث الشبهة
لمخالفته القياس ولو اكل بعدما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيف
ما كان لان الفطر يخالف القياس والحديث مأول بالاجماع واذا جومعت
النائمة او المجنونة وهي صائمة عليها القضاء دون الكفارة وقال زفر
والشافعي لا قضاء اعتبارا بالناسي والعذر ابلغ لعدم القصد ولنا ان
النسيان يغلب وجوده وهذا نادر ولا يجب الكفارة لانعدام الجناية

فصل فيما يوجبه على نفسه

واذا قال لله علي صوم يوم النحر افطر وقضى فهذا النذر صحيح
عندنا خلافا لزفر والشافعي هما يقولان انه نذر بما هو معصية لورود النهي
عن صوم هذه الايام ولنا انه نذر بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك
اجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره لكنه يفطر احترازا عن المعصية المجاورة
ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج عن العهدة لانه اداه كما التزمه
وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني اذا افطر وهذه المسئلة على ستة وجوه
ان لم ينو شيئا او نوى النذر لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا يكون
نذرا لانه نذر بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته وان نوى اليمين ونوى ان لا
يكون نذرا يكون يمينا لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره وان نواهما
يكون نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف يكون نذرا
ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا لابي يوسف ان النذر
فيه حقيقة واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية ويتوقف الثاني
فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما يترجح الحقيقة ولهما انه
لا تنافي بين الجهتين لانهما يقتضيان الوجوب الا ان النذر يقتضيه لعينه
واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع
والمعاوضة في الهبة بشرط العوض ولو قال لله علي صوم هذه السنة
افطر يوم الفطر ويوم النحر وايام التشريق وقضاها لان النذر بالسنة
المعينة نذر بهذه الايام من السنة وكذا اذا لم يعين لكنه شرط التتابع
لان المتابعة لا يعرى عنها لكن يقضيها في هذا الفصل موصولا تحقيقا

للتتابع بقدر الامكان ويتأتى في هذا خلاف زفر والشافعي للنهي عن الصوم فيها وهو قوله عليه السلام الا لا تصوموا في هذه الايام فانها ايام اكل وشرب وبعال فتثبت الوجوب فيه والعذر عنه ولو لم يشترط التتابع لم يجزه صوم هذه الايام لان الاصل فيما يلتزمه الكمال والمؤدى ناقص لمكان النهي بخلاف اذا عينها لانه التزم بوصف النقصان فيكون الاداء بالوصف الملتزم وعليه كفارة يمين ان اراد يمينا وقد سبقت وجوهه ومن اصبح يوم النحر صائما ثم افطر لا شيء عليه وعن ابي يوسف ومحمد في النوادر ان عليه القضاء لان الشروع ملزم كالنذر وصار كالشروع في الصلوة في الوقت المكروه والفرق لابي حنيفة وهو ظاهر الرواية ان بنفس الشروع في الصوم يسمى صائما حتى يحنث به الحالف على الصوم فيكون مرتكبا للنهي فيجب ابطاله فلا تجب صيانته ووجوب القضاء يبتنى عليه ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب ولا بنفس الشروع في الصلوة حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلوة فتجب صيانة المؤدى ويكون مضمونا بالقضاء وعن ابي حنيفة انه لا يجب القضاء في فصل الصلوة ايضا والاظهر هو الاول

باب الاعتكاف

الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة لان النبي عم واظب عليه في العشر الاواخر من رمضان والمواظبة دليل السنة وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف اما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه فكان وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي والنية شرط في ساير العبادات هو يقول ان الصوم عبادة هو اصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قوله عم لا اعتكاف الا بالصوم والقياس في مقابلة النص المنقول غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن ابي حنيفة لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من يوم وفي رواية الاصل وهو قول محمد اقله ساعة فيكون من غير صوم لان مبنى النفل على المساهلة الا يرى انه يقعد في صلوة النفل مع القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه القضاء في رواية الاصل لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا وفي رواية الحسن يلزمه لانه مقدر باليوم كالصوم ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد جماعة

جماعة لقول حذيفة رض لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وعن ابي حنيفة انه لا يصح الا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس لانه عبادة انتظار الصلوة فيختص بمكان يؤدى فيه اما المرأة تعتكف في مسجد بيتها لانه هو الموضع لصلوتها فيتحقق انتظارها فيه ولا يخرج من المسجد الا لحاجة الانسان او الجمعة اما الحاجة فلحديث عائشة رضي الله عنها كان النبي عم لا يخرج من معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه معلوم وقوعها فلا بد من الخروج في تقضيتها فيصير الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعد فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها واما الجمعة فلانها من اهم حوايجه وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي الخروج اليها مفسد لانه يمكنه الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد مشروع واذا صح الشروع فالضرورة مطلقة في الخروج ويخرج حين تزول الشمس لان الخطاب يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا عنه يخرج في وقت يمكنه ادراكها فيصلي قبلها اربعا وفي رواية ستا الاربع سنة والركعتان تحية المسجد وبعدها اربعا او ستا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة وسننها توابع لها فالحقت بها ولو اقام في المسجد الجامع اكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه موضع اعتكاف الا انه لا يستحب لانه التزم اداءه في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة ولو خرج من المسجد ساعة بغير عذر فسد اعتكافه عند ابي حنيفة لوجود المنافي وهو القياس وقالا لا يفسد حتى يكون اكثر من نصف يوم وهو الاستحسان لان في القليل ضرورة قال واما الاكل والشرب يكون في معتكفه لان النبي عم لم يكن يأوي الا المسجد ولانه يمكن قضاء هذه الحاجة في المسجد فلا ضرورة الى الخروج ولا بأس بان يبيع ويبتاع في المسجد من غير ان يحضر السلعة لانه قد يحتاج الى ذلك بان لا يجد من يقوم بحاجته الا انهم قالوا يكره احضار السلعة للبيع والشراء لان المسجد محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها ويكره لغير المعتكف البيع والشراء فيه لقوله عم جنبوا مساجدكم صبيانكم الى ان قال وبيعكم وشراءكم قال ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت لان صوم الصمت ليس بقربة في شريعتنا لكنه يتحاشى ان يتكلم بما فيه مأثم ويحرم على المعتكف الوطي لقوله تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد وكذا اللمس والقبلة لانه من دواعيه فيحرم عليه اذ هو محظور كما في الاحرام بخلاف الصوم لان

الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه فان جامع ليلا او نهارا عامدا
او ناسيا بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف بخلاف الصوم وحالة
العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان ولو جامع فيما دون الفرج فانزل
او قبل او لمس بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ولو لم ينزل
لا يفسد وان كان محرما لانه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ولهذا لا يفسد
به الصوم قال ومن اوجب على نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها
لان ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها من الليالي يقال ما رايتك
منذ ايام والمراد بلياليها وكانت متتابعة وان لم يشترط التتابع لان
مبنى الاعتكاف على التتابع لان الاوقات كلها قابلة له بخلاف الصوم لان
مبناه على التفرق لان الليالي غير قابلة للصوم فيجب على التفرق حتى
ينص على التتابع وان نوى الايام خاصة صحت نيته لانه نوى الحقيقة
ومن اوجب اعتكاف يومين يلزمه بليلتيهما وقال ابو يوسف لا تدخل الليلة
الاولى لان المثنى غير الجمع وفي المتوسطة ضرورة الاتصال وجه الظاهر
ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر العبادة

كتاب الحج

الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الاصحاء اذا قدروا على الزاد
والراحلة فاضلا عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله الى حين عوده
وكان الطريق آمنا وصفه بالوجوب وهو فريضة محكمة ثبتت فرضيتها
بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا الآية
ولا يجب في العمر الا مرة واحدة لانه عم قيل له الحج في كل عام ام مرة واحدة
فقال لا بل مرة واحدة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت وانه لا يتعدد
فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف وعن ابي حنيفة
ما يدل عليه وعند محمد والشافعي على التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر
فيه كالوقت في الصلوة وجه الاول انه يختص بوقت خاص والموت في
سنة واحدة غير نادر فيتضيق الوجوب احتياطا ولهذا كان التعجيل افضل
بخلاف وقت الصلوة لان الموت في مثله نادر وانما شرط الحرية والبلوغ
لقوله عم ايما عبد حج عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام وايما صبي حج عشر
حجج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة والعبادات باسرها موضوعة عن

عن الصبيان والعقل شرط لصحة التكليف وكذا صحة الجوارح لان العجز
دونها لازم والاعمى اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا
يجب عليه الحج عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد مر في كتاب الصلوة واما المقعد
فعن ابي حنيفة انه يجب لانه مستطيع بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة وعن محمد
انه لا يجب لانه غير قادر على الاداء بنفسه بخلاف الاعمى لانه لو هدي يؤدي بنفسه
فاشبه الضال عن الطريق ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة وهو قدر ما يكترى
به شق محمل او راس زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا لانه عم سئل عن السبيل
اليه فقال الزاد والراحلة وان امكنه ان يكتري عقبة فلا شيء عليه لانهما
اذا كانا يتعاقبان لم توجد الراحلة في جميع السفر ويشترط ان يكون فاضلا
عن المسكن وعما لا بد منه كالخادم واثاث البيت وثيابه لان هذه الاشياء
مشغولة بالحاجة الاصلية ويشترط ان يكون فاضلا عن نفقة عياله
الى حين عوده لان النفقة حق مستحق للمراة وحق العبد مقدم على حق
الشرع بامره وليس من شرط الوجوب على اهل مكة ومن حولهم الراحلة لانه
لا تلحقهم مشقة زائدة في الاداء فاشبه السعي الى الجمعة ولا بد من امن الطريق
لان الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل هو شرط الوجوب حتى لا يجب عليه
الايصاء وهو مروي عن ابي حنيفة وقيل هو شرط الاداء دون الوجوب
لان النبي عم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير ويعتبر في المراة ان
يكون لها محرم تحج به او زوج ولا يجوز لها ان تحج بغيرهما اذا كان بينها وبين
مكة ثلثة ايام وقال الشافعي يجوز لها الحج اذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات
لحصول الامن بالمرافقة ولنا قوله عم لا تحجن امراة الا ومعها محرم ولانها بدون
المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها ولهذا تحرم الخلوة
بالاجنبية وان كان معها غيرها بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة اقل من
ثلثة ايام لانه يباح لها الخروج الى ما دون السفر بغير محرم واذا وجدت محرما
لم يكن للزوج منعها وقال الشافعي له ذلك لان في الخروج تفويت حقه ولنا ان
حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له ان يمنعها
ولو كان المحرم فاسقا قالوا لا يجب عليها لان المقصود لا يحصل به ولها ان
تخرج مع كل محرم الا ان يكون مجوسيا لانه يعتقد اباحة مناكحتها ولا عبرة

بالصبي والمجنون لانه لا يخاف منهما الصيانة والصبية التي بلغت حد
الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا يسافر بها من غير محرم ونفقة المحرم عليها
لانها تتوسل به الى اداء الحج واختلفوا ان المحرم شرط الوجوب او شرط الاداء
على حسب اختلافهم في امن الطريق واذا بلغ الصبي بعد ما احرم او اعتق العبد
فمضيا لم يجز عنهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل فلا ينقلب
لاداء الفرض ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز
والعبد لو فعل ذلك لم يجز لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية اما احرام
العبد لازم فلا يمكنه الخروج منه بالشروع في غيره **فصل** والمواقيت التي
لا يجوز ان يتجاوزها الانسان الا محرما خمسة لاهل المدينة ذو الحليفة ولاهل
العراق ذات عرق ولاهل الشام جحفة ولاهل النجد قرن ولاهل اليمن يلملم
هكذا وقت رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المواقيت لهؤلاء وفائدة التاقيت المنع من
تاخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الآفاقي اذا انتهى
اليها على قصد دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج او العمرة او لم يقصد
عندنا لقوله صلى الله عليه وسلم لا يجاوز احد الميقات الا محرما ولان وجوب الاحرام لتعظيم
هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر والمعتمر وغيرهما ومن كان
داخل الميقات له ان يدخل مكة بغير احرام لحاجته لانه يكثر دخوله
مكة وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج بين فصار كاهل مكة حيث يباح
لهم الخروج منها ثم دخولها بغير احرام بخلاف ما اذا قصد اداء النسك لانه
يتحقق احيانا فلا حرج فان قدم الاحرام على هذه المواقيت جاز لقوله تعالى
واتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان تحرم بهما من دويرة اهلك هكذا قاله علي رضي الله عنه
وابن مسعود رض والافضل التقديم عليها لان اتمام الحج مفسر به والمشقة فيه
اكثر والتعظيم اوفر وعن ابي حنيفة انما يكون افضل اذا كان يملك نفسه
ان لا يقع في محظور ومن كان داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين
المواقيت وبين الحرم لانه يجوز احرامه من دويرة اهله وما وراء الميقات الى
الحرم مكان واحد ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل لانه صلى الله عليه وسلم
امر اصحابه رض بان يحرموا بالحج من جوف مكة وامر اخا عائشة رضي الله عنهما
ان يعمرها من التنعيم وهو في الحل ولان اداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون

الاحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر واداء العمرة في الحرم فيكون
الاحرام من الحل لهذا الا ان التنعيم افضل لورود الاثر به **باب الاحرام**
واذا اراد الرجل الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل لما روي انه صلى الله عليه وسلم
اغتسل لاحرامه الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وان لم يقع فرضا
عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة ولكن الغسل افضل لان معنى النظافة
فيه اتم ولانه صلى الله عليه وسلم اختاره ولبس ثوبين جديدين او غسيلين ازارا ورداء
لان النبي صلى الله عليه وسلم ائتزر وارتدى عند احرامه ولانه ممنوع عن لبس المخيط ولا بد
من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه والجديد افضل لانه
اقرب الى الطهارة **قوله** ومس طيبا ان كان له وعن محمد انه يكره اذا تطيب بما
يبقى عينه بعد الاحرام وهو قول مالك والشافعي لانه منتفع بالطيب بعد
الاحرام ووجه المشهور حديث عائشة رض انها قالت كنت اطيب النبي صلى الله عليه وسلم
لاحرامه قبل ان يحرم والممنوع عنه التطيب والباقي كالتابع له لاتصاله به كما في
الثوب لا يصير مباشرا به **قوله** وصلى ركعتين لما روى جابر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم
صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه وقال اللهم اني اريد الحج فيسره لي
وتقبله مني لان اداءها في ازمنة متفرقة وفي اماكن متباينة فلا يعرى عن
المشقة عادة فيسأل التيسير وفي الصلاة لم يذكر مثل هذا الدعاء لان مدتها
يسيرة واداؤها عادة متيسر **قوله** ثم يلبي عقيب صلاته لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
لبى في دبر صلاته وان لبى بعد ما استوت به راحلته جاز ولكن الاول
افضل لما روينا وان كان مفردا بالحج نوى بتلبيته الحج لانه عبادة و
الاعمال بالنيات والتلبية ان يقول لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك
لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وقوله ان الحمد بكسر
الالف لا بفتحها ليكون ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولى وهو اجابة
لدعاء الخليل صلى الله عليه وسلم على ما هو المعروف في القصة ولا ينبغي ان يخل بشيء من هذه
الكلمات لانه هو المنقول باتفاق الرواة فلا ينقص عنه ولو زاد فيها جاز
خلافا للشافعي في رواية الربيع عنه هو اعتبره بالاذان والتشهد من
حيث انه ذكر منظوم ولنا ان اجلاء الصحابة كابن مسعود وابن عمر وابي
هريرة رضي الله عنهم زادوا على الماثور لان المقصود الثناء واظهار

العبودية فلا يمتنع من الزيادة عليه قال واذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى
لان العبادة لا يتادى الا بالنية الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها
في قوله اللهم اني اريد الحج ولا يصير شارعا في الاحرام بمجرد النية ما
لم يات بالتلبية خلافا للشافعي لانه عقد على الاداء فلا بد من ذكره كما
في تحريمة الصلوة ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية
فارسية او عربية هذا هو المشهور عن اصحابنا والفرق بينه وبين الصلوة
على اصلهما ان باب الحج اوسع من باب الصلوة حتى يقام غير الذكر مقام الذكر
كتقليد البدن فكذا غير التلبية وغير العربية قال ويتقي ما نهى الله تعالى عنه من الرفث
والفسوق والجدال والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج
فهذا نهي بصيغة النفي والرفث الجماع او الكلام الفاحش او ذكر الجماع بحضرة
النساء والفسوق المعاصي وهي في حال الاحرام اشد حرمة والجدال ان يجادل
رفيقه وقيل هو مجادلة المشركين في تقديم وقت الحج وتاخيره ولا يقتل
صيدا لقوله تعالى ولا تقتلوا الصيد وانتم حرم ولا يشير اليه ولا يدل عليه
لحديث ابي قتادة انه اصاب حمار وحش وهو حلال واصحابه محرمون فقال
النبي عم لاصحابه هل اشرتم هل دللتم هل اعنتم فقالوا لا فقال اذا فكلوا
ولانه ازالة الامن عن الصيد لانه آمن بتوحشه وبعده عن الاعين قال
ولا يلبس قميصا ولا سراويلا ولا عمامة ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما
اسفل من الكعبين لما روي ان النبي عم نهى ان يلبس المحرم هذه الاشياء
وقال في اخره ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما اسفل من الكعبين
والكعب هنا المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك دون
الناتي فيما رواه هشام عن محمد رح ولا يغطي وجهه ولا راسه وقال الشافعي
يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عم احرام الرجل في راسه واحرام المراة
في وجهها ولنا قوله عم لا تخمروا راسه ولا وجهه فانه يبعث يوم القيمة
ملبيا قاله في محرم توفي ولان المراة لا تغطي وجهها مع ان في الكشف
فتنة فالرجل بطريق الاولى وفائدة ما روي الفرق في تغطية الراس قال
ولا يمس طيبا لقوله عم الحاج الشعث التفل وكذا لا يدهن لما روينا ولا يحلق
راسه ولا شعر بدنه لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم الآية ولا يقص من لحيته لانه

لانه في معنى الحلق ولان فيه ازالة الشعث وقضاء التفث ولا يلبس ثوبا
مصبوغا بورس ولا زعفران ولا عصفر لقوله عم لا يلبس المحرم ثوبا مسه
زعفران ولا ورس الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع للطيب لا للون
وقال الشافعي لا باس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له ولنا ان له رائحة طيبة
ولا باس بان يغتسل ويدخل الحمام لان عمر رض اغتسل وهو محرم ولا باس
بان يستظل بالبيت والمحمل وقال مالك رح يكره ان يستظل بالفسطاط
وما اشبه ذلك لانه يشبه تغطية الراس ولنا ان عثمان رض كان يضرب
له فسطاط في احرامه ولانه لا يمس بدنه فاشبه البيت ولو دخل تحت استار
الكعبة حتى غطاه ان كان لا يصيب راسه ولا وجهه فلا باس به لانه استظلال
ولا باس بان يشد في وسطه الهميان وقال مالك يكره اذا كان فيه نفقة
غيره لانه لا ضرورة ولنا انه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان
ولا يغسل راسه ولا لحيته بالخطمي لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الراس ويكثر
من التلبية عقيب الصلوات وكلما علا شرفا او هبط واديا او لقي ركبا
وبالاسحار لان اصحاب النبي عم كانوا يلبون في هذه الاحوال والتلبية في
الاحرام على مثال التكبير في الصلوة فيؤتى بها عند الانتقال من حال الى
حال ويرفع صوته بالتلبية لقوله عم افضل الحج العج والثج فالعج رفع
الصوت بالتلبية والثج اراقة الدماء قوله واذا دخل مكة ابتداء بالمسجد لما
روي ان النبي عم كما دخل مكة دخل المسجد ولان المقصود زيارة البيت وهو
فيه ولا يضره ليلا دخلها او نهارا لانه دخول بلدة فلا يختص باحدهما واذا
عاين البيت كبر وهلل وكان ابن عمر يقول اذا لقي البيت بسم الله والله اكبر
ومحمد لم يعين في الاصل لمشاهد الحج شيئا من الدعوات لان التوقيت يذهب
بالرقة وان تبرك بالمنقول منها فحسن قوله ثم ابتداء بالحجر الاسود فاستقبله
وكبر وهلل لما روي ان النبي عم دخل المسجد فابتدا بالحجر الاسود فاستقبله
وكبر وهلل قوله ويرفع يديه لقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من
جملتها استلام الحجر قوله واستلمه ان استطاع من غير ان يؤذي مسلما لما روي
ان النبي عم قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وقال لعمر انك رجل ايد
تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن اذا وجدت فرجة فاستلمه

والا استقبل وهلل وكبر ولان الاستلام سنة والتحرز عن اذى المسلم
واجب وان امكنه ان يمس الحجر شيئا في يده كالعرجون وغيره ثم قبل ذلك
فعل لما روي انه عم طاف على راحلته واستلم الاركان بمحجنه وان لم يستطع
شيئا من ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله تعالى وصلى على النبي عم ثم اخذ عن
يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه فيطوف بالبيت سبعة اشواط لما
روي انه عم استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب فطاف سبعة اشواط
والاضطباع ان يجعل رداءه تحت ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر وهو
سنة وقد نقل ذلك عن النبي عم ويجعل طوافه من وراء الحطيم وهو اسم لموضع
فيه الميزاب سمي به لانه حطم من البيت اي كسر وسمي حجرا لانه حجر عنه اي منع
وهو من البيت لقوله عم في حديث عائشة رض فان الحطيم من البيت فلهذا
يجعل الطواف من ورائه حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجوز
الا انه اذا استقبل الحطيم وحده لا يجزيه الصلوة لان فرضية التوجه ثبت
بالكتاب فلا يتأدى بما ثبت بخبر الواحد احتياطا والاحتياط في الطواف
ان يكون وراءه قال ويرمل في الثلث الاول من الاشواط والرمل ان يهز في
مشيه الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع الاضطباع
وكان سببه اظهار الجلادة للمشركين حين قالوا اضناهم حمى يثرب ثم
بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن النبي عم وبعده ويمشي في الباقي على هينته
على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله صلعم والرمل من الحجر الى الحجر هو المنقول
من رمل النبي عم فان زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له
فيقف حتى يقيمه على وجه السنة بخلاف الاستلام لان الاستقبال بدل له
ويستلم الحجر كلما مر به ان استطاع لان اشواط الطواف كركعات الصلوة
وكما يفتتح كل ركعة بالتكبير يفتتح كل شوط باستلام الحجر وان لم يستطع
الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا ويستلم الركن اليماني وهو حسن في
ظاهر الرواية وعن محمد رح انه سنة ولا يستلم غيرهما فان النبي عم كان يستلم
هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام
الحجر ثم ياتي المقام فيصلي عنده ركعتين او حيث تيسر من المسجد وهي
واجبة عندنا وعند الشافعي رح سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله

ودعوى جابر ان النبي عم لما صعد الصفا قال لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت
وهو على كل شيء قدير لا اله الا الله وحده انجز وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده ثم قرأ مقدار خمس وعشرين
آية من سورة البقرة ثم نزل

قوله عم وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب ثم يعود
فيستلمه لما روي ان النبي عم لما صلى ركعتين عاد الى الحجر فالاصل ان كل
طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح بالاستلام فكذا السعي
يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي قوله وهذا الطواف طواف القدوم
ويسمى طواف التحية وهو سنة وليس بواجب وقال مالك انه واجب لقوله عم
من اتى البيت فليحييه بالطواف ولنا ان الله تعالى امر بالطواف والامر
المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع وفيما رواه
سماه تحية وهو دليل الاستحباب وليس على اهل مكة طواف القدوم لانعدام
القدوم في حقهم ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه ويستقبل البيت ويكبر و
يهلل ويصلي على النبي عم ويرفع يديه ويدعو الله تعالى بحاجته لما روي ان النبي عم
صعد الصفا حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله تعالى ولان
الثناء والصلوة يقدمان على الدعاء تقريبا الى الاجابة كما في غيره من
الدعوات والرفع سنة الدعاء وانما يصعد بقدر ما يصير البيت بمرأى
منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ويخرج الى الصفا من اي باب
شاء وانما خرج النبي عم من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا لانه
كان اقرب الابواب الى الصفا لا انه سنة ثم ينحط نحو المروة ويمشي على هينته
فاذا بلغ بطن الوادي يسعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي على هينته
حتى ياتي المروة فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا لما روي انه عليه السلام
نزل من الصفا وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى اذا خرج
من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة وطاف بينهما سبعة اشواط قوله
وهذا شوط يطوف سبعة اشواط يبدأ بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في بطن
الوادي في كل شوط لما روينا وانما يبدأ بالصفا لقوله عم فيه ابدؤا بما
بدأ الله تعالى به ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن وقال الشافعي
هو ركن لقوله عم ان الله تعالى كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح
عليه ان يطوف بهما ومثله يستعمل للاباحة فينفي الركنية والايجاب الا انا
عدلنا عنه في الايجاب ولان الركنية لا يثبت الا بدليل مقطوع به ولم يوجد
ثم معنى ما روي كتب استحبابا كما في قوله كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت

الآية ثم يقيم بمكة حراماً لانه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الاتيان بافعاله ويطوف
بالبيت كلما بدا له لانه يشبه الصلوة لقوله عم الطواف بالبيت صلوة
والصلوة خير موضوع وكذا الطواف الا انه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة
في هذه المدة لان السعي لا يجب فيه الا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع
ويصلي لكل اسبوع ركعتين وهي ركعتا الطواف على ما بينا فاذا كان
قبل يوم التروية بيوم خطب الامام خطبة يعلّم الناس فيها الخروج الى منى
والصلوة بعرفات والوقوف والافاضة قال في الاصل ان في الحج ثلث خطب
اولها ما ذكرنا والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى في اليوم
الحادي عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر يخطب في ثلثة
ايام متوالية اولها يوم التروية لانها ايام الموسم ومجتمع الحاج ولنا
ان المقصود منها التعليم ويوم التروية ويوم النحر يوما اشتغال فكان ما
ذكرناه انفع وفي القلوب انجع فاذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج الى
منى فيقيم بها حتى يصلي الفجر من يوم عرفة لما روي ان النبي عم صلى الفجر
يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس راح الى منى فصلى بمنى الظهر والعصر
والمغرب والعشاء والفجر ثم راح الى عرفات ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى
بها الفجر ثم غدا الى عرفات ومر بمنى اجزاه لانه لم يتعلق بمنى في هذا اليوم
اقامة نسك ولكنه اساء في ترك الاقتداء برسول الله عم فيتوجه الى عرفات
فيقيم بها لما روينا وهذا بيان الاولوية اما لو دفع قبله جاز لانه لا يتعلق
بهذا المقام حكم قال في الاصل وينزل بها مع الناس لان الانتباذ تجبر
والحال حال تضرع والاجابة في الجمع ارجى وقيل مراده ان لا ينزل على الطريق
كيلا يضيق على المارة واذا زالت الشمس يصلي الامام بالناس الظهر
والعصر فيبتدئ فيخطب خطبة يعلّم فيها الناس الوقوف بعرفة والمزدلفة
ورمي الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة يخطب خطبتين بينهما جلسة
كما في الجمعة هكذا فعل النبي عم وقال مالك رح يخطب بعد الصلوة لانها خطبة
وعظ وتذكير فاشبه خطبة العيد ولنا ما روينا ولان المقصود منها تعليم
المناسك والجمع منها وفي ظاهر المذهب اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن
المؤذنون كما في الجمعة وعن ابي يوسف انه يؤذن قبل خروج الامام وعنه انه

انه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا لان النبي عم لما خرج واستوى على
ناقته اذن المؤذنون بين يديه ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لانه
اوان الشروع في الصلوة فاشبه الجمعة قوله ويصلي بهم الظهر والعصر في
وقت الظهر باذان واقامتين وقد ورد النقل المستفيض باتفاق الرواة
بالجمع بين الصلوتين وفيما روى جابر رض ان النبي عم صلاهما باذان و
اقامتين ثم بيانه انه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لان العصر يؤدى
قبل وقته المعهود فيفرد بالاقامة اعلاما للناس ولا يتطوع بين الصلاتين
تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا يقدم العصر على وقته ولو انه فعل فعل مكروها
واعاد اذان العصر في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد لان اشتغاله
بالتطوع او بعمل آخر يقطع فور الاذان الاول فيعيده للعصر فان صلى
بغير خطبة اجزاه لان هذه الخطبة ليست بفريضة قوله ومن صلى الظهر
في رحله وحده صلى العصر في وقته عند ابي حنيفة وقالا يجمع بينهما المنفرد
لان جواز الجمع للحاجة الى امتداد الوقوف والمنفرد يحتاج اليه ولابي حنيفة رح
ان المحافظة على الوقت فرض بالنص فلا يجوز تركه الا فيما ورد الشرع به
وهو الجمع بالجماعة مع الامام والتقديم لصيانة الجماعة لانه يتعسر عليهم
الاجتماع للعصر بعد ما تفرقوا في الموقف لا لما ذكرا اذ لا منافاة ثم عند
ابي حنيفة رح الامام شرط في الصلوتين جميعا وقال زفر في العصر
خاصة لانه هو المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف الاحرام بالحج ولابي حنيفة رح
ان التقديم على خلاف القياس عرف شرعا فيما اذا كان العصر مرتبا على
ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام في حالة الاحرام بالحج فيقتصر عليه ثم لا بد من
الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية تقديما للاحرام على وقت الجمع وفي الاخرى
يكتفي بالتقديم على الصلوة لان المقصود هو الصلوة قوله ثم يتوجه الى
الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه عقيب انصرافهم من الصلوة
لان النبي عم راح الى الموقف عقيب الصلوة والجبل يسمى جبل الرحمة
والموقف الموقف الاعظم قوله وعرفات كلها موقف الا بطن عرنة لقوله
عم عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف
وارتفعوا عن وادي محسر وينبغي للامام ان يقف بعرفة على راحلته لان

النبي عم وقف على ناقته وان وقف على قدميه جاز والاول افضل لما بينا
وينبغي للامام ان يقف بحيث يستقبل القبلة لان النبي عليه السلام وقف كذلك وقال
عليه السلام خير المواقف ما استقبلت به القبلة ويدعو ويعلم الناس
المناسك لما روي ان النبي عم كان يدعو يوم عرفة مادًّا يديه كالمستطعم
المسكين ويدعو بما شاء وان ورد الاثار ببعض الدعوات وقد اوردنا
تفصيلها في كتابنا المترجم بعدة الناسك في عدة من المناسك
بتوفيق الله تع قال وينبغي للناس ان يقفوا بقرب الامام لانه يدعو ويعلم
فيعوا ويسمعوا وينبغي ان يقف وراء الامام ليكون مستقبل القبلة
وهذا بيان الافضلية لان عرفة كلها موقف على ما ذكرنا قال ويستحب
ان يغتسل قبل الوقوف ويجتهد في الدعاء اما الاغتسال فهو سنة
وليس بواجب ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة والعيدين وعند
الاحرام واما الاجتهاد فلانه عليه السلام اجتهد في الدعاء في هذا الموقف
لامته فاستجيب له الا في الدماء والمظالم ويلبي في موقفه ساعة بعد
ساعة وقال مالك يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان الاجابة باللسان
قبل الاشتغال بالاركان ولنا ما روي ان النبي عم ما زال يلبي حتى اتى
الجمرة العقبة ولان التلبية فيه كالتكبير في الصلوة فيأتي بها الى
آخر جزء من الاحرام قال فاذا غربت الشمس افاض الامام والناس معه
على هينتهم حتى ياتوا مزدلفة لان النبي عم دفع بعد غروب الشمس ولان
فيه اظهار مخالفة المشركين وكان عليه السلام يمشي على راحلته في الطريق
على هينته فان خاف الزحام فدفع قبل الامام ولم يجاوز حدود عرفة
اجزاه لانه لم يفض من عرفة والافضل ان يقف في مقامه كيلا يكون آخذا
في الاداء قبل وقتها ولو مكث قليلا بعد غروب الشمس وافاضة الامام لخوف
الزحام فلا بأس به لما روي ان عائشة رض بعد افاضة الامام دعت بشراب
فافطرت ثم افاضت قال فاذا اتى مزدلفة فالمستحب ان يقف بقرب
الجبل الذي عليه الميقدة يقال له قزح لان النبي عم وقف عند هذا الجبل
وكذا عمر رض ويتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل عن يمينه
او يساره ويستحب ان يقف وراء الامام لما بينا في الوقوف بعرفة ويصلي

الامام بالناس المغرب والعشاء باذان واقامة واحدة وقال زفر
باذان واقامتين اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا رواية جابر رض ان النبي عم
جمع بينهما باذان واقامة واحدة ولان العشاء في وقته فلا يفرد بالاعلام
اعلاما بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم على وقته فافرد بها لزيادة الاعلام
ولا يتطوع بينهما لانه يخل بالجمع ولو تطوع او تشاغل بشيء اعاد الاقامة
لوقوع الفصل وكان ينبغي ان يعيد الاذان كما في الجمع الاول الا انا اكتفينا
باعادة الاقامة لما روي ان النبي عم صلى المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم افرد
الاقامة للعشاء ولا يشترط الجماعة لهذا الجمع عند ابي حنيفة لان المغرب
مؤخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة لان العصر مقدم على وقته ومن
صلى المغرب في الطريق لم يجزه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه
اعادتها ما لم يطلع الفجر وقال ابو يوسف يجزيه وقد اساء وعلى هذا الخلاف
اذا صلى بعرفات لابي يوسف انه اداها في وقتها فلا يجب اعادتها كما بعد
طلوع الفجر الا ان التاخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي
ان النبي عم قال لاسامة رض في طريق المزدلفة الصلوة امامك معناه
وقت الصلوة وهذا اشارة الى ان التاخير واجب وانما وجب ليمكنه
الجمع بين الصلوتين بمزدلفة وكان عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير
جامعا بينهما واذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الاعادة قال واذا
طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس لرواية ابن مسعود ان النبي عم
صلاها يومئذ بغلس ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز
كتقديم العصر بعرفة ثم وقف ووقف الناس معه فدعا لان النبي عم
وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي في حديث ابن عباس رضي الله عنهما
واستجيب له دعاؤه لامته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف واجب
عندنا وليس بركن حتى لو تركه بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي رح
انه ركن لقوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله يثبت الركنية
ولنا ما روي انه عم قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل
ذلك والمذكور فيما تلا الذكر وهو ليس بركن بالاجماع وانما عرفنا الوجوب
بقوله عم من وقف معنا هذا الموقف وقد كان افاض قبل ذلك من عرفات

فقدم تحية علق به تمام الحج وهذا يصلح امارة الوجوب غير انه اذا تركه
بعذر بان يكون ضعيف او علة او كانت امرأة تخاف الزحام لا شيء عليه
لما روينا والمزدلفة كلها موقف الا وادي محسر لما روينا من قبل فاذا طلعت
الشمس افاض الامام والناس معه حتى يأتوا منى قوله رضه هكذا وقع في نسخ المختصر
وهذا غلط والصحيح اذا اسفر افاض الامام والناس لان النبي عم دفع
قبل طلوع الشمس قوله فيبتدئ بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي
بسبع حصيات مثل حصى الخذف لان النبي عم لما اتى منى لم يعرج على شيء
حتى رمى جمرة العقبة وقال عم عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا
ولو رمى بالكبار منه جاز لحصول الرمي غير انه لا يرمي بالكبار من الاحجار كيلا
يتأذى به غيره ولو رماها من فوق العقبة اجزاه لان ما حولها موضع
النسك والافضل ان يكون من بطن الوادي لما روينا ويكبر مع كل
حصاة كذا روى ابن مسعود وابن عمر رض ولو سبح مكان التكبير اجزاه
لحصول الذكر وهو من آداب الرمي ولا يقف عندها لان النبي عم لم يقف
عندها ويقطع التلبية مع اول حصاة لما روينا عن ابن مسعود رض
وروى جابر ان النبي عم قطع التلبية عند اول حصاة رمى بها جمرة
العقبة ثم كيفية الرمي ان يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى و
يستعين بالمسبحة ومقدار الرمي ان يكون بين الرامي وبين موضع السقوط
خمسة اذرع كذا روى الحسن عن ابي حنيفة رح لان ما دون ذلك يكون طرحا
ولو طرحها طرحا اجزاه لانه رمى الى قدميه الا انه مسيء لمخالفة السنة
ولو وضعها وضعا لم يجزه لانه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا من
الجمرة يكفيه لان هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه ولو وقعت بعيدا
منها لا يجزيه لانه لم يعرف قربة الا في مكان مخصوص ولو رمى بسبع
حصيات جملة فهي واحدة لان المنصوص عليه تفرق الافعال ويأخذ
الحصى من اي موضع شاء الا من عند الجمرة فان ذلك يكره لان ما عندها من
الحصى مردود هكذا جاء في الاثر فيتشائم به ومع هذا لو فعل اجزاه لوجود
فعل الرمي ويجوز الرمي بكل ما كان من اجزاء الارض عندنا خلافا للشافعي
لان المقصود فعل الرمي وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف

ما اذا رمى بالذهب والفضة لانه يسمى نثارا لا رميا قال ثم يذبح ان احب
ثم يحلق او يقصر لما روي ان النبي عم انه قال ان اول نسكنا هذا ان نرمي
ثم نذبح ثم نحلق ولان الحلق من اسباب التحلل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر
فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات الاحرام فيقدم عليه الذبح وانما
علق الذبح بالمحبة لان الدم الذي يأتي به المفرد تطوع والكلام في المفرد
والحلق افضل لقوله عم رحم الله المحلقين الحديث ظاهر بالترحم عليهم ولان
الحلق اكمل في قضاء التفث وهو المقصود وفي التقصير بعض التقصير
فاشبه الاغتسال مع الوضوء ويكتفى في الحلق بربع الرأس اعتبارا بالمسح
وحلق الكل اولى اقتداء برسول الله عم والتقصير ان يأخذ من رؤوس شعره
مقدار الانملة قال وقد حل له كل شيء الا النساء وقال مالك الا الطيب ايضا
لانه من دواعي الجماع ولنا قوله عم حل له كل شيء الا النساء وهو مقدم على القياس
ولا يحل له الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي لانه قضاء الشهوة بالنساء
فيؤخر الى تمام الاحلال ثم الرمي ليس من اسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي
هو يقول انه يتوقت بيوم النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحليل ولنا ان
ما يكون محللا يكون جناية في غير اوانه كالحلق والرمي ليس بجناية في غير
اوانه بخلاف الطواف لان التحلل بالحلق السابق لا به قال ثم يأتي مكة من
يومه ذلك او من الغد او بعد الغد فيطوف بالبيت طواف الزيارة سبعة
اشواط لما روي ان النبي عم لما حلق افاض الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى
منى وصلى الظهر بمنى ووقته ايام النحر لان الله تعالى عطف الطواف على
الذبح قال الله تعالى فكلوا منها ثم قال وليطوفوا بالبيت العتيق فكان وقتهما
واحدا واول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر لان ما قبله من الليل وقت الوقوف
بعرفة والطواف مرتب عليه وافضل هذه الايام اولها كما في التضحية وفي
الحديث افضلها اولها فان كان سعى بين الصفا والمروة عقيب طواف
القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه وان كان لم يقدم السعي رمل
في هذا الطواف وسعى بعده لان السعي لم يشرع الا مرة واحدة والرمل ما
شرع الا مرة في طواف بعده سعي ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف لان
ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا لما بينا وقد حل له النساء

قوله واذا اراد ان يتعجل النفر نفر الى مكة اي وان اراد ان يتعجل الذهاب والخروج من منى الى مكة في اليوم الثالث من ايام
يجوز له ان يذهب من منى نفر الى ج نفرا اذا خرج وانزعج يقال يوم النفر الاول وهو اليوم الثالث من ايام النحر ويوم النفر
الثاني وهو آخر ايام التشريق وهو اليوم الرابع للنحر الاول ايضا • نهاية

طواف مفروض

ويكون بالحلق السابق اذ هو المحلل لا بالطواف الا انه اخر عمله في حق
النساء وهذا الطواف هو المفروض في الحج وهو ركن فيه اذ هو المأمور
به في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الافاضة وطواف
يوم النحر ويكره تاخيره عن هذه الايام لما بينا انه موقت بها فان
اخره عنها لزمه دم عند ابي حنيفة وسنبينه في باب الجنايات ان شاء الله تعالى
ثم يعود الى منى فيقيم بها لان النبي عم رجع اليها كما روينا ولانه بقي عليه
الرمي وموضعه بمنى فاذا زالت الشمس من اليوم الثاني من ايام النحر رمى
الجمار الثلث فيبدأ بالتي تلي مسجد الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع
كل حصاة ويقف عندها ثم يرمي التي تليها مثل ذلك ويقف عندها ثم يرمي
جمرة العقبة كذلك ولا يقف عندها هكذا روى جابر فيما نقل من نسك
رسول الله عم مفسرا ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس
ويحمد الله تعالى ويثني عليه ويهلل ويكبر ويصلي على النبي عم ويدعو بحاجته
ويرفع يديه لقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها
عند الجمرتين والمراد رفع الايدي بالدعاء وينبغي ان يستغفر في دعائه
للمؤمنين في هذه المواقف لان النبي عم قال اللهم اغفر للحاج ولمن
استغفر له الحاج ثم الاصل ان كل رمي بعده رمي يقف بعده لانه في
وسط العبادة فياتي بالدعاء فيه وكل رمي ليس بعده رمي لا يقف لان
العبادة قد انتهت ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر ايضا
قوله واذا كان من الغد رمى الجمار الثلث بعد زوال الشمس كذلك وان
اراد ان يتعجل النفر نفر الى مكة وان اراد ان يقيم رمى الجمار يوم الرابع
بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا اثم عليه ومن تاخر
فلا اثم عليه لمن اتقى والافضل ان يقيم لما روي ان النبي عم صبر حتى
رمى الجمار الثلث في اليوم الرابع وله ان ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم
الرابع واذا طلع الفجر لم يكن له ان ينفر لدخول وقت الرمي وفيه خلاف
الشافعي رح وان قدم الرمي في هذا اليوم يعني اليوم الرابع قبل الزوال
بعد طلوع الفجر جاز عند ابي حنيفة رح وهذا استحسان وقالا لا يجوز اعتبارا
بسائر الايام وانما التفاوت في رخصة النفر فاذا لم يترخص التحقت

التحق بها ومذهبه مروي عن ابن عباس رض ولانه لما ظهر اثر التخفيف في
هذا اليوم في حق الترك فلان يظهر في جوازه في الاوقات كلها اولى
بخلاف اليوم الاول والثاني حيث لا يجوز الرمي فيهما الا بعد الزوال في المشهور
من الرواية لانه لا يجوز تركه فيهما فبقي على اصل المروي فاما يوم النحر فاول وقت
الرمي فيه من وقت طلوع الفجر وقال الشافعي اوله بعد نصف الليل لما روي
ان النبي عم رخص للرعاء ان يرموا ليلا ولنا قوله عم لا ترموا جمرة العقبة
الا مصبحين ويروى حتى تطلع الشمس فيثبت اصل الوقت بالاول والافضلية
بالثاني وتأويل ما روى الليلة الثانية والثالثة ولان ليلة النحر وقت الوقوف
والرمي يترتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم عند ابي حنيفة يمتد هذا الوقت
الى غروب الشمس لقوله عم ان اول نسكنا في هذا اليوم الرمي جعل اليوم
وقتا له وذهابه بغروب الشمس وعن ابي يوسف رح انه يمتد الى وقت الزوال
والحجة عليه ما روينا وان اخر الى الليل رماه ولا شيء عليه لحديث الرعاء
وان اخر الى الغد رماه لانه وقت جنس الرمي وعليه دم عند ابي حنيفة رح
لتاخيره عن وقته كما هو مذهبه **قال** فان رماها راكبا اجزاه لحصول فعل
الرمي وكل رمي بعده رمي فالافضل ان يرميه ماشيا والا فيرميه راكبا لان
الاول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرميه ماشيا ليكون اقرب الى التضرع
وبيان الافضل مروي عن ابي يوسف رح ويكره ان لا يبيت بمنى ليالي
الرمي لان النبي عم بات بمنى وعمر رض كان يؤدب على ترك المقام بها ولو
بات في غيرها متعمدا لا يلزمه شيء عندنا خلافا للشافعي لانه وجب ليسهل
عليه الرمي في ايامه فلم يكن من افعال الحج فتركه لا يوجب الجابر ويكره ان
يقدم الرجل ثقله الى مكة ويقيم حتى يرمي لما روي ان عمر رض كان يمنع منه
ويؤدب عليه ولانه يوجب شغل قلبه واذا نفر الى مكة نزل المحصب وهو الابطح
وهو اسم موضع قد نزل به رسول الله عم وكان نزوله قصدا وهو الاصح حتى
يكون النزول به سنة على ما روي انه عم قال لاصحابه انا نازلون غدا بالخيف
خيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم يشير الى عهدهم على هجران
بني هاشم فعرفنا انه نزل به اراءة للمشركين لطيف صنع الله تعالى به فصار
سنة كالرمل في الطواف ثم دخل مكة فطاف بالبيت سبعة اشواط لا يرمل فيها

فيها وهذا الطواف طواف الصدر ويسمى طواف الوداع وطواف آخر
عهد بالبيت لأنه يودع البيت ويصدر به وهو واجب عندنا خلافا للشافعي رح
لقوله عم من حج هذا البيت فليكن آخر عهده بالبيت الطواف ورخص للنساء
الحيض قوله إلا على أهل مكة لأنهم لا يصدرون ولا يودعون ولا رمل فيه لما بينا
أنه شرع مرة واحدة ويصلي ركعتي الطواف بعده لما قدمنا ثم يأتي زمزم
فيشرب من مائها لما روي أن النبي عم استقى بنفسه دلوا فشرب منه ثم أفرغ
باقي الدلو في البئر ويستحب أن يأتي الباب ويقبل العتبة ويأتي الملتزم
وهو ما بين الحجر إلى الباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالأستار
ساعة ثم يعود إلى أهله هكذا روي أن النبي عم فعل بالملتزم ذلك قالوا وينبغي
أن ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه إلى البيت متباكيا متحسرا على
فراق البيت حتى يخرج من المسجد فهذا بيان تمام الحج فصل فإن لم يدخل
المحرم مكة وتوجه إلى عرفات ووقف بها على ما بينا سقط عنه طواف
القدوم لأنه شرع في ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الأفعال فلا يكون
الإتيان به على غير ذلك الوجه سنة ولا شيء عليه لتركه لأنه سنة وبترك
السنة لا يجب الجابر ومن أدرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يومها
إلى طلوع الفجر من يوم النحر فقد أدرك الحج وأول وقت الوقوف بعد الزوال
عندنا لما روي أن النبي عم وقف بعد الزوال وهذا بيان أول الوقت
وقال عم من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته
الحج وهذا بيان آخر الوقت ومالك رح إن كان يقول إن أول وقته بعد
طلوع الفجر أو بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما روينا ثم إذا وقف بعد الزوال
وأفاض من ساعته أجزأه عندنا لأنه عم ذكر بكلمة أو فإنه قال الحج عرفة فمن
وقف بعرفة ساعة ليلا أو نهارا فقد تم حجه وهي كلمة التخيير وقال مالك رح
لا يجزيه إلا أن يقف في اليوم وجزء من الليل ولكن الحجة عليه ما روينا ومن اجتاز
بعرفات نائما أو مغمى عليه أو لا يعلم أنها عرفات جاز عن الوقوف لأن ما هو
الركن قد وجد وهو الوقوف فلا يمتنع ذلك بالإغماء والنوم كركن الصوم
بخلاف الصلاة لأنها لا تبقى مع الإغماء والجهل يخل بالنية وهي ليست
بشرط لكل ركن ومن أغمي عليه فأهل عنه رفقاؤه جاز عند أبي حنيفة وقالا

وقالا لا يجوز ولو أمر إنسانا بأن يحرم عنه إذا أغمي عليه أو نام فأحرم عنه
المأمور صح بالإجماع حتى إذا أفاق أو استيقظ وأتى بأفعال الحج جاز
لهما أنه لم يحرم بنفسه ولا أذن لغيره به وهذا لأنه لم يصرح بالإذن والدلالة
تقف على العلم وجواز الإذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام
بخلاف ما إذا أمر غيره بذلك صريحا وله أنه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد
استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته بنفسه والإحرام هو المقصود
بهذا السفر فكان الإذن به ثابتا دلالة والعلم ثابت نظرا إلى الدليل
وهو الإسلام والحكم يدار عليه قال والمرأة في جميع ذلك كالرجل لأنها مخاطبة
كالرجل غير أنها لا تكشف رأسها لأنه عورة وتكشف وجهها لقوله عم إحرام
المرأة في وجهها ولو سدلت شيئا على وجهها وجافته عنه جاز هكذا روي
عن عائشة رض ولأنه بمنزلة الاستظلال بالمحمل ولا ترفع صوتها بالتلبية
لما فيه من الفتنة ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين لأنه مخل بستر العورة
ولا تحلق ولكن تقصر لما روي أنه عم نهى النساء عن الحلق وأمرهن
بالتقصير ولأن حلق الشعر في حقها مثلة كحلق اللحية في حق الرجل
وتلبس من المخيط ما بدا لها لأن في لبس غير المخيط كشف العورة قالوا ولا
تستلم الحجر إذا كان هناك جمع لأنها ممنوعة عن مماسة الرجال إلا أن تجد
الموضع خاليا قال ومن قلد بدنة تطوعا أو نذرا أو جزاء صيد أو شيئا
من الأشياء وتوجه معها يريد الحج فقد أحرم لقوله عم من قلد بدنة فقد
أحرم ولأن سوق الهدي في معنى التلبية في إظهار الإجابة لأنه لا يفعله
إلا من يريد الحج أو العمرة وإظهار الإجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول
فيصير به محرما لاتصال النية بفعل هو من خصائص الإحرام وصفة التقليد
أن يربط على عنق بدنته قطعة نعل أو عروة مزادة أو لحاء شجرة فإن قلدها
وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرما لما روي عن عائشة رض أنها قالت كنت
أفتل قلائد هدي النبي عم فبعث بها وأقام في أهله حلالا فإن توجه بعد
ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها لأن عند التوجه إذا لم يكن بين يديه هدي
يسوقه لم يوجد منه إلا مجرد النية وبمجرد النية لم يصر محرما فإذا أدركها
وساقها أو أدركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الإحرام

فيصير محرماً كما لو ساقها في الابتداء قوله الا في بدنة المتعة فانه محرم حين
توجه معناه اذا نوى الاحرام وهذا استحسان وجه القياس فيه ما ذكرنا وجه
الاستحسان ان هذا الهدي مشروع على الابتداء نسكاً من مناسك الحج وضعاً
لانه يختص بمكة ويجب شكراً للجمع بين اداء النسكين وغيره قد يجب
بالجناية وان لم يصل الى مكة ولهذا اكتفى فيه بالتوجه وفي غيره توقف على
حقيقة الفعل وان جلل بدنة او اشعرها او قلد شاة لم يكن محرماً لان
التجليل لدفع الحر والبرد والذبان فلم يكن من خصائص الحج والاشعار
مكروه عند ابي حنيفة فلا يكون من النسك في شيء وعندهما ان كان حسناً
فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد لانه يختص بالهدي وتقليد الشاة
غير معتاد وليس بسنة قوله والبدن من الابل والبقر وقال الشافعي رح
من الابل خاصة لقوله عم في حديث الجمعة فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي
يليه كالمهدي بقرة فصل بينهما ولنا ان البدنة تنبئ عن البدانة وهي
الضخامة وقد اشتركا في هذا المعنى ولهذا يجزي كل واحد منهما عن سبعة
والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزوراً

باب القران

القران
افضل من التمتع والافراد وقال الشافعي الافراد افضل وقال مالك التمتع
افضل من القران لان له ذكراً في القرآن ولا ذكر للقران فيه وللشافعي قوله عم
القران رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية والسفر والحلق ولنا
قوله عم يا آل محمد اهلوا بحجة وعمرة معاً ولان فيه جمعاً بين العبادتين
فاشبه الصوم والاعتكاف والحراسة في سبيل الله وصلوة الليل
والتلبية غير محصورة والسفر غير مقصود والحلق خروج عن العبادة
فلا ترجيح بما ذكر والمقصد بما روى نفي قول اهل الجاهلية ان العمرة
في اشهر الحج من افجر الفجور وللقران ذكر في القرآن لان المراد من قوله تعالى
واتموا الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من دويرة اهله على ما روينا من قبل
ثم فيه تعجيل الاحرام واستدامة احرامهما من الميقات الى ان يفرغ منهما
ولا كذلك التمتع فكان القران اولى منه وقيل الاختلاف بيننا وبين
الشافعي بناء على ان القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين
وعنده طوافاً واحداً وسعياً واحداً قوله وصفة القران ان يهل بالعمرة
والحج معاً من الميقات ويقول عقيب الصلوة اللهم اني اريد الحج
والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني لان القران هو الجمع بين الحج والعمرة
من قولك قرنت الشيء بالشيء اذا جمعت بينهما وكذا اذا ادخل حجة على عمرة
قبل ان يطوف لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق اذ الاكثر منها قائم
ومتى عزم على ادائهما يسئل التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج فيه وكذلك
يقول لبيك بعمرة وحجة معاً لانه يبدأ بافعال العمرة فكذلك يبدأ بذكرها
وان اخر ذلك في الدعاء والتلبية لا بأس به لان الواو للجمع ولو نوى بقلبه
ولم يذكرهما في التلبية اجزاه اعتباراً بالصلوة واذا دخل مكة ابتدأ
فطاف بالبيت سبعة اشواط يرمل في الثلث الاول منها ويسعى بعدها بين
الصفا والمروة وهذه افعال العمرة ثم يبدأ بافعال الحج فيطوف طواف
القدوم سبعة اشواط ويسعى كما بينا في المفرد ويقدم افعال العمرة
لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران في معنى المتعة ولا يحلق بين
العمرة والحج لان ذلك جناية على احرام الحج وانما يحلق في يوم النحر كما يحلق
المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا
وقال الشافعي رح يطوف طوافاً واحداً ويسعى سعياً واحداً لقوله عم دخلت
العمرة في الحج الى يوم القيمة ولان مبنى القران على التداخل حتى اكتفى فيه
بتلبية واحدة وبسفر واحد وحلق واحد فكذلك في الاركان ولنا
انه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رض هديت
لسنة نبيك ولان القران ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق
باداء عمل كل واحد على الكمال ولانه لا تداخل في العبادات والسفر للتوسل
والتلبية للتحريم والحلق للتحلل فليست هذه الاشياء بمقاصد بخلاف
الاركان الا ترى ان شفعي التطوع لا يتداخلان وبتحريمة واحدة يؤديان
ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة في وقت الحج قال فان طاف طوافين
لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه لانه اتى بما هو المستحق عليه وقد اساء
بتأخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شيء اما عندهما فظاهر
لان التقديم والتأخير في المناسك لا يوجب الدم عندهما وعنده طواف
التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه اولى والسعي بتأخيره بالاشتغال

بعمل آخر لا يوجب الدم فكذلك بالاشتغال بالطواف قال واذا رمى الجمرة
يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا دم القران لانه في
معنى المتعة والهدي منصوص عليه فيها والهدي من الابل والبقر والغنم
على ما نذكر في بابه ان شاء الله تعالى واراد بالبدنة البعير وان كان اسم البدنة
يقع عليه وعلى البقر على ما ذكرنا وكما يجوز سبع البعير يجوز سبع البقرة فان لم
يكن له ما يذبح صام ثلثة ايام في الحج آخرها يوم عرفة وسبعة ايام اذا رجع الى
اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة
كاملة فالنص وان ورد في التمتع فالقران مثله لانه مترفق باداء النسكين
والمراد بالحج والله اعلم وقته لان نفسه لا يصلح ظرفا الا ان الافضل ان يصوم
قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل عن الهدي فيستحب تأخيره
الى آخر وقته رجاء ان يقدر على الاصل وان صامها بمكة بعد فراغه من الحج
جاز ومعناه بعد مضي ايام التشريق لان الصوم فيها منهي عنه وقال
الشافعي لا يجوز لانه معلق بالرجوع الا ان ينوي المقام فحينئذ يجزيه لتعذر
الرجوع ولنا ان معناه اذا رجعتم عن الحج اي فرغتم اذ الفراغ سبب الرجوع
الى اهله فكان الاداء بعد السبب فيجوز فان فاته الصوم حتى اتى يوم النحر
لم يجزه الا الدم وقال الشافعي يصوم بعد هذه الايام لانه صوم موقت
فيقضى وقال مالك يصوم فيها لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام في
الحج وهذا وقته ولنا النهي المشهور عن الصوم في هذه الايام فيتقيد به
النص او يدخله النقص فلا يتأدى به ما وجب كاملا ولا يؤدي بعدها لان
الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص خصه بوقت الحج وجواز
الدم على الاصل وعن عمر رض انه امر في مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على
الهدي تحلل وعليه دمان دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي فان لم يدخل
القارن مكة وتوجه الى عرفات فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف لانه
تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج وذلك
خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة رح
والفرق له بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة اذا توجه اليها ان الامر
هنالك بالتوجه متوجه بعد اداء الظهر والتوجه في القران والتمتع منهي

منهي عنه قبل اداء العمرة فافترقا قال وسقط عنه دم القران لانه
لما ارتفضت العمرة بالوقوف لم يوفق لاداء النسكين وعليه قضاؤها
لصحة الشروع فيها فاشبه المحصر

باب التمتع

التمتع افضل
من الافراد وعن ابي حنيفة رح ان الافراد افضل لان المتمتع سفره
واقع لعمرته والمفرد سفره واقع لحجته وجه ظاهر الرواية ان في التمتع
جمعا بين العبادتين فاشبه القران ثم فيه زيادة نسك وهي اراقة الدم
وسفره واقع لحجته وان تخللت العمرة لانها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة
والسعي اليها والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي ومتمتع لا يسوق
الهدي ومعنى التمتع الترفق باداء النسكين في سفر واحد من غير ان يلم
باهله بينهما الماما صحيحا ويدخله اختلافات نبينها ان شاء الله تعالى
وصفته ان يبتدئ من الميقات في اشهر الحج فيحرم بالعمرة ويدخل مكة
فيطوف لها ويسعى ويحلق او يقصر وقد حل من عمرته وهذا هو تفسير العمرة
وكذلك اذا اراد ان يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل النبي عم في عمرة
القضاء وقال مالك لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعي وحجتنا عليه ما
روينا وقوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين الآية لانها نزلت في عمرة القضاء
ولانها لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق كالحج ويقطع التلبية
اذا ابتدأ بالطواف وقال مالك كما وقع بصره على البيت لان العمرة زيارة
البيت وتتم به ولنا ان النبي عم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم
الحجر ولان المقصود هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه ولهذا يقطعها الحاج
عند افتتاح الرمي قال ويقيم بمكة حلالا لانه حل من العمرة فاذا كان يوم
التروية احرم بالحج من المسجد والشرط ان يحرم من الحرم اما المسجد فليس
بلازم وهذا لانه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم على ما بينا وفعل ما يفعله
الحاج المفرد لانه مؤد للحج الا انه يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان
هذا اول طواف له في الحج بخلاف المفرد لانه قد سعى مرة ولو كان هذا المتمتع
بعدما احرم بالحج طاف وسعى قبل ان يروح الى منى لم يرمل في طواف الزيارة
ولا يسعى بعده لانه قد اتى بذلك مرة وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه
فان لم يجد صام ثلثة ايام في الحج وسبعة اذا رجع على الوجه الذي بيناه

في القران فان صام ثلثة ايام من شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلثة لان
سبب وجوب هذا الصوم التمتع لانه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير
متمتع فلا يجوز اداؤه قبل وجود سببه وان صامها بمكة بعد ما احرم بالعمرة
قبل ان يطوف جاز عندنا خلافا للشافعي له قوله تع فصيام ثلثة ايام في الحج
ولنا انه اداه بعد انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور في النص وقته على ما بينا
والافضل تاخيرها الى اخر وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في القران فان
اراد المتمتع ان يسوق الهدي احرم وساق هديه وهذا افضل لان النبي عم
ساق الهدايا مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة فان كانت بدنة
قلدها بمزادة او نعل لحديث عائشة رض على ما رويناه والتقليد اولى من
التجليل لان له ذكرا في الكتاب ولانه للاعلام والتجليل للزينة ويلبي ثم
يقلد لانه يصير محرما بتقليد الهدي والتوجه معه على ما سبق والاولى ان
يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق الهدي وهو افضل من ان يقودها
لانه عم احرم بذي الحليفة وهداياه تساق بين يديه ولانه ابلغ في التشهير
الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ يقودها قال واشعر البدنة عند ابي يوسف رح
ومحمد رح ولا يشعر عند ابي حنيفة رح ويكره والاشعار هو الادماء بالجرح
لغة وصفته ان يشق سنامها بان يطعن في اسفل السنام من الجانب
الايمن قالوا والاشبه هو الايسر لان النبي عم طعن في جانب اليسار مقصودا
وفي الجانب الايمن اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم اعلاما وهذا الصنع مكروه
عند ابي حنيفة رح وعندهما حسن وعند الشافعي رح سنة لانه مروي عن النبي
وعن الخلفاء الراشدين رح ولهما ان المقصود من التقليد ان لا يهاج اذا
ورد ماء او كلاء او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم لانه الزم فمن هذا الوجه
يكون سنة الا انه عارضته جهة كونه مثلة فقلنا بحسنه ولابي حنيفة
انه مثلة وانه منهي عنه ولو وقع التعارض فالترجيح للمحرم واشعار النبي عم
لصيانة الهدي لان المشركين كانوا لا يمتنعون عن تعرضه الا به وقيل ان ابا
حنيفة كره اشعار اهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية وقيل
انما كره ايثاره على التقليد قال واذا دخل مكة طاف وسعى وهذا للعمرة
على ما بيناه في متمتع لا يسوق الهدي الا انه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم

يوم التروية لقوله عم لو استقبلت من امري ما استدبرت لما سقت الهدي
ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا ينفي التحلل عند سوق الهدي ويحرم
بالحج يوم التروية كما يحرم اهل مكة على ما بيناه وان قدم الاحرام قبله جاز
وما عجل المتمتع من الاحرام بالحج فهو افضل لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة
وهذه الافضلية في حق من ساق الهدي وفي حق من لم يسق وعليه دم وهو
دم التمتع على ما بينا واذا حلق يوم النحر فقد حل من الاحرامين لان الحلق
محلل في الحج كالسلام في الصلوة فيتحلل به عنهما وليس لاهل مكة تمتع ولا قران
وانما لهم الافراد خاصة خلافا للشافعي رح والحجة عليه قوله تع ذلك لمن لم يكن
اهله حاضري المسجد الحرام ولان شرعهما للترفه باسقاط احدى السفرتين
وهذا في حق الافاقي ومن كان داخل الميقات فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون
له متعة ولا قران بخلاف المكي اذا خرج الى الكوفة وقرن حيث يصح لان
عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الافاقي واذا عاد المتمتع الى بلده
بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه لانه الم باهله فيما بين
النسكين الماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن عدة من التابعين
فاذا ساق الهدي فالمامه لا يكون صحيحا فلا تبطل متعته عند ابي حنيفة وابي
يوسف رح وقال محمد يبطل لانه اداهما بسفرتين ولهما ان العود مستحق عليه
ما دام على نية التمتع لان السوق يمنعه عن التحلل فلم يصح المامه بخلاف المكي
اذا خرج الى الكوفة واحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لان
العود هناك غير مستحق عليه فصح المامه باهله ومن احرم بعمرة قبل
اشهر الحج فتممها واحرم بالحج كان متمتعا لان الاحرام عندنا شرط
فيصح تقديمه على اشهر الحج وانما يعتبر اداء الافعال فيها وقد وجد الاكثر
وللاكثر حكم الكل وان طاف لعمرته قبل اشهر الحج اربعة اشواط فصاعدا
ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لانه ادى الاكثر قبل اشهر الحج وهذا لانه
صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما اذا تحلل منها قبل اشهر الحج
ومالك يعتبر الاتمام في اشهر الحج والحجة عليه ما ذكرناه ولان الترفق باداء
الافعال والمتمتع مترفق باداء النسكين في سفرة واحدة في اشهر الحج
قال واشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة كذا روي عن العبادلة

الثالث وعبد الله بن زبير رض ولان الحج يفوت بمضي عشر من ذي الحجة ومع
بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وهذا يدل على ان المراد من قوله تع الحج اشهر
معلومات شهران وبعض الثالث لا كله فان قدم الاحرام بالحج عليها جاز
احرامه وانعقد حجا خلافا للشافعي فان عنده يصير محرما بالعمرة لانه
ركن عنده وهو شرط عندنا فاشبه الطهارة في جواز التقديم على الوقت
ولان الاحرام تحريم اشياء وذلك يصح في كل زمان وصار كالتقديم على المكان
قال واذا قدم الكوفي بعمرة في اشهر الحج وفرغ منها وقصر ثم اتخذ مكة
او البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو متمتع اما الاول فلانه ترفق بنسكين
في سفر واحد في اشهر الحج واما الثاني فقد قيل هو بالاتفاق وقيل هو
قول ابي حنيفة وعندهما لا يكون متمتعا لان المتمتع من يكون عمرته ميقاتية
وحجته مكية ونسكاه هذان ميقاتيان وله ان السفرة الاولى قائمة
ما لم يعد الى وطنه وقد اجتمع له نسكان فيها فوجب دم التمتع فان قدم
بعمرة فافسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر في
اشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا عند ابي حنيفة وقالا هو متمتع
لانه انشأ سفرا وقد ترفق فيه بنسكين وله انه باق على سفره ما لم يرجع
الى وطنه فان كان رجع الى اهله ثم اعتمر في اشهر الحج وحج من عامه ذلك
يكون متمتعا في قولهم جميعا لان هذا انشاء سفر لانتهاء السفر الاول
وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ولو بقي بمكة ولم يخرج الى البصرة حتى اعتمر
في اشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا بالاتفاق لان عمرته مكية والسفر
الاول انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لاهل مكة ومن اعتمر في اشهر
الحج وحج من عامه فايهما افسد مضى فيه لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام الا
بالافعال وسقط دم التمتع لانه لم يترفق باداء نسكين صحيحين في سفرة
واحدة واذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة لانها اتت بغير
الواجب وكذا الجواب في الرجل واذا حاضت المرأة عند الاحرام اغتسلت
واحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج غير انها لا تطوف بالبيت حتى تطهر
لحديث عائشة رض حين حاضت بسرف ولان الطواف في المسجد والوقوف
في مفازة وهذا الاغتسال للاحرام لا للصلاة فيكون مفيدا فان حاضت

بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شيء عليها لطواف
الصدر لان النبي عم رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر ومن
اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصدر لانه على من يصدر الا اذا اتخذها
دارا بعد ما حل النفر الاول فيما يروى عن ابي حنيفة ويرويه البعض عن محمد
لانه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الاقامة بعد ذلك

باب الجنايات

واذا تطيب المحرم فعليه الكفارة فان تطيب عضوا كاملا فما
زاد فعليه دم وذلك مثل الرأس والساق والفخذ وما اشبه ذلك لان
الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل فيترتب عليه
كمال الموجب فان طيب اقل من عضو فعليه الصدقة لقصور الجناية
وقال محمد رح يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي المنتقى انه
اذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما
من بعد ان شاء الله تع ثم واجب الدم يتأدى بالشاة في جميع المواضع
الا في موضعين نذكرهما في باب الهدي ان شاء الله تع وكل صدقة في الاحرام
غير مقدرة فهي نصف صاع من بر الا ما يجب بقتل القملة والجرادة هكذا
روي عن ابي يوسف رح قال واذا خضب رأسه بحناء فعليه دم لانه طيب
قال عم الحناء طيب فان صار ملبدا فعليه دمان دم للتطيب ودم
للتغطية ولو خضب رأسه بالوسمة لا شيء عليه لانها ليست بطيب وعن
ابي يوسف انه اذا خضب رأسه بالوسمة لاجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء
باعتبار انه يغلف رأسه وهذا صحيح ثم ذكر في الاصل رأسه ولحيته واقتصر
على ذكر الرأس في الجامع الصغير دل على ان كل واحد منهما مضمون فان
ادهن بزيت فعليه دم عند ابي حنيفة رح وقالا عليه الصدقة وقال الشافعي
ان استعمله في الشعر فعليه دم لازالة الشعث وان استعمله في غيره فلا شيء
عليه لانعدامه وله انه من الاطعمة الا ان فيه ارتفاقا بمعنى قتل الهوام
وازالة الشعث فكانت جناية قاصرة ولابي حنيفة رح انه اصل الطيب
ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث
فيتكامل الجناية بهذه الجملة فيوجب الدم وكونه مطعوما لا ينافيه
كالزعفران وهذا الخلاف في الزيت البحت والخل البحت اما المطيب منه

كالبنفسج والزنبق وما اشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه
طيب وهذا اذا استعمله على التطيب ولو داوى به جرحه او شقوق
رجله فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب في نفسه انما هو اصل الطيب او
طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف ما اذا تداوى
بالمسك وما اشبهه وان لبس ثوبا مخيطا او غطى راسه يوما كاملا فعليه
دم وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة وعن ابي يوسف انه اذا لبس
اكثر من نصف يوم فعليه دم وهو قول ابي حنيفة اولا وقال الشافعي يجب
الدم بنفس اللبس لان الارتفاق يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا
ان معنى الترفق مقصود من اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل
على الكمال فيجب الدم فقدر باليوم لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة وتتقاصر
دونه الجناية فتجب الصدقة غير ان ابا يوسف اقام الاكثر مقام الكل
ولو ارتدى بالقميص او اتشح به او اتزر بالسراويل فلا باس به لانه لم
يلبسه لبس المخيط وكذا لو ادخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في
الكمين خلافا لزفر لانه ما لبسه لبس القباء ولهذا يتكلف في حفظه
والتقدير في تغطية الراس من حيث الوقت ما بيناه ولا خلاف انه اذا
غطى جميع راسه يوما كاملا يجب عليه الدم لانه ممنوع عنه ولو غطى بعض
راسه فالمروي عن ابي حنيفة رح انه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة
وهذا لان ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس
وعن ابي يوسف انه يعتبر اكثر الراس اعتبارا للحقيقة واذا حلق ربع
راسه او ربع لحيته فصاعدا فعليه دم وان كان اقل من الربع فعليه
صدقة وقال مالك لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي يجب بحلق القليل
اعتبارا بنبات الحرم ولنا ان حلق بعض الراس ارتفاق كامل لانه معتاد
فتتكامل به الجناية وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطييب ربع العضو لانه
غير مقصود وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق وارض العرب وان
حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين
او احدهما فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى
ونيل الراحة فاشبه العانة ذكر في الابطين الحلق ههنا وفي الاصل النتف

النتف وهو السنة وقال ابو يوسف ومحمد اذا حلق عضوا فعليه دم
وان كان اقل فطعام اراد به الصدر والساق وما اشبه ذلك لانه مقصود
بطريق التنور فيتكامل بحلق كله ويتقاصر عند حلق بعضه وان اخذ من
شاربه فعليه طعام حكومة عدل ومعناه انه ينظر ان هذا الماخوذ كم يكون
من ربع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك حتى لو كان مثلا مثل ربع الربع يلزمه
قيمة ربع الشاة ولفظة الاخذ من الشارب يدل على انه هو السنة فيه دون
الحلق والسنة ان يقص الشارب حتى يوازي الاطار قال وان حلق موضع
المحاجم فعليه دم عند ابي حنيفة وقالا عليه صدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة
وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة اليها الا ان فيه ازالة شيء
من التفث فتجب الصدقة ولابي حنيفة ان حلقه مقصود لانه لا يتوسل الى
المقصود الا به وقد وجد ازالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم وان حلق
راس محرم بامره او بغير امره فعلى الحالق الصدقة وعلى المحلوق دم وقال
الشافعي لا يجب اذا كان بغير امره بان كان نائما لان من اصله ان الاكراه
يخرج المكره من ان يكون مواخذا بحكم الفعل والنوم ابلغ منه وعندنا بسبب
النوم والاكراه ينتفي الماثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال من الراحة
والزينة فيلزمه الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير بين ثلثة اشياء
لان الآفة هناك سماوية وههنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق راسه على الحالق
لان الدم انما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر وكذا اذا
كان الحالق حلالا لا يختلف الجواب في حق المحلوق راسه واما الحالق فيلزمه
الصدقة في مسئلتنا في الوجهين وقال الشافعي لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف
اذا حلق المحرم راس حلال له ان معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره
وهو الموجب ولنا ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام
لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال بين شعره وشعر
غيره الا ان كمال الجناية في شعره فان اخذ من شارب حلال او قلم اظافيره
اطعم ما شاء والوجه فيه ما بينا ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه يتاذى بتفث
غيره وان كان اقل من التاذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام فان قص اظافير
يديه ورجليه فعليه دم لانه من المحظورات لما فيه من قضاء التفث وازالة

ما يتمتع به البدن فاذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم ولا يزاد على دم اذا حصل في مجلس واحد لان الجناية من نوع واحد فان كان في مجالس فكذلك عند محمد لان مبناها على التداخل فاشبه كفارة الفطر الا اذا تخللت الكفارة لارتفاع الاولى بالتكفير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يجب اربعة دماء ان قلم في كل مجلس يدا او رجلا لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في آي السجدة وان قص يدا او رجلا فعليه دم اقامة للربع مقام الكل كما في الحلق وان قص اقل من خمسة اظافير فعليه صدقة معناه تجب بكل ظفر صدقة وقال زفر يجب الدم بقص ثلثة منها وهو قول ابي حنيفة الاول لان في اظافير اليد الواحدة الدم والثلث اكثرها وجه المذكور في الكتاب ان اظافير كف واحد اقل ما يجب الدم بقلمه وقد اقمناها مقام الكل فلا يقام اكثرها مقام كلها لانه يؤدي الى ما لا يتناهى وان قص خمسة اظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد عليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد وبما اذا حلق ربع الراس من مواضع متفرقة ولهما ان كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتأذى به ويشينه ذلك بخلاف الحلق لانه معتاد على ما مر واذا تقاصرت الجناية يجب فيها الصدقة فيجب بقلم كل ظفر طعام مسكين وكذلك لو قلم اكثر من خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء وان انكسر ظفر المحرم وتعلق فاخذه فلا شيء عليه لانه لا ينمو بعد الانكسار فاشبه اليابس من شجر الحرم وان تطيب او لبس او حلق من عذر فهو مخير ان شاء ذبح شاة وان شاء تصدق على ستة مساكين بثلثة اصوع من الطعام وان شاء صام ثلثة ايام لقوله تعالى ففدية من صيام او صدقة او نسك وكلمة او للتخيير وقد فسرها النبي عليه السلام بما ذكرنا والآية نزلت في المعذور ثم الصوم يجزيه في اي موضع شاء لانه عبادة في كل مكان وكذا الصدقة عندنا لما بينا واما النسك يختص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او مكان وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان ولو اختار الطعام اجزاه فيه التغدية والتعشية عند ابي يوسف اعتبارا بكفارة

اليمين وعند محمد لا يجزيه لان الصدقة تنبئ عن التمليك وهو المذكور

فصل وان نظر الى فرج امرأة بشهوة فامنى لا شيء عليه لان المحرم عليه الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فامنى فان قبل او لمس بشهوة فعليه دم وفي الجامع الصغير يقول اذا مس بشهوة فامنى ولا فرق بينهما اذا انزل او لم ينزل ذكره في الاصل وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج وعن الشافعي انه انما يفسد احرامه في جميع ذلك اذا انزل اعتبره بالصوم ولنا ان فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه معنى الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك محظور الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة فلا يحصل بدون الانزال فيما دون الفرج وان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسد حجه والاصل فيه ما روي ان النبي عليه السلام سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل هكذا نقل عن جماعة من الصحابة وقال الشافعي تجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة عليه اطلاق ما روينا ولان القضاء لما وجب عليه ولا يجب الا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لانه لا قضاء ثم سوى بين السبيلين وعن ابي حنيفة انه في غير القبل منهما لا يفسده لتقاصر معنى الوطء فكان عنه روايتان وليس عليه ان يفارق امرأته في قضاء ما افسداه عندنا خلافا لمالك اذا خرجا من بيتهما ولزفر اذا احرما وللشافعي اذا انتهيا الى المكان الذي جامعها فيه له انهما يتذاكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان ولنا ان الجامع بينهما وهو النكاح قائم فلا معنى للافتراق قبل الاحرام لاباحة الوقاع ولا بعده لانهما يتذكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي فيما اذا جامع قبل الرمي لقوله عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وانما تجب البدنة لقول ابن عباس او لانه اعلى انواع الارتفاقات فيتغلظ موجبه وان جامع بعد

الحلق فعليه شاة لبقاء احرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما
اشبهه فخفت الجناية فاكتفى بالشاة ومن جامع في العمرة قبل ان يطوف
اربعة اشواط فسدت عمرته فيمضي فيها ويقضيها وعليه شاة واذا جامع
بعد ما طاف اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته وقال الشافعي
تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هي فرض عنده كالحج ولنا
انها سنة وكانت احط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت
ومن جامع ناسيا كان كمن جامع عامدا وقال الشافعي رح جماع الناسي غير
مفسد للحج وكذا الخلاف في جماع النائمة والمكرهة هو يقول الحظر ينعدم بهذه
العوارض فلم يقع الفعل جناية ولنا ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق
في الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهذا لا ينعدم بهذه العوارض والحج ليس في
معنى الصوم لان حالات الاحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلوة بخلاف الصوم

فصل ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه الصدقة وقال الشافعي
لا يعتد به لقوله عم الطواف صلوة الا ان الله تعالى اباح فيه المنطق فتكون
الطهارة من شرطه ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد
الطهارة فلم تكن شرطا ثم قيل هي سنة والاصح انها واجبة لانه يجب بتركها
الجابر ولان الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب فاذا شرع في هذا الطواف
وهو سنة يصير واجبا بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر
بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة
وكذا الحكم في كل طواف هو تطوع ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه
شاة لانه ادخل النقص في الركن فكان افحش من الاول فيجبر بالدم وان
كان جنبا فعليه بدنة كذا روي عن ابن عباس رض ولان الجنابة اغلظ من
الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة اظهارا للتفاوت وكذا اذا طاف
اكثره جنبا او محدثا لان اكثر الشيء له حكم الكل والافضل ان يعيد الطواف
ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ وعليه ان يعيد والاصح انه يؤمر
بالاعادة في الحدث استحبابا وفي الجنابة ايجابا لفحش النقصان بسبب
الجنابة وقصوره بسبب الحدث ثم اذا اعاده وقد طافه محدثا لا ذبح عليه
وان اعاده بعد ايام النحر لان بعد الاعادة لا يبقى الا شبهة النقصان

النقصان وان اعاده وقد طافه جنبا في ايام النحر فلا شيء عليه لانه
اعاده في وقته وان اعاده بعد ايام النحر لزمه الدم عند ابي حنيفة بالتأخير
على ما عرف من مذهبه ولو رجع الى اهله وقد طافه جنبا عليه ان يعود لان
النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكا له ويعود باحرام جديد وان
لم يعد وبعث بدنة اجزأه لما بينا انه جابر له الا ان الافضل هو العود
ولو رجع الى اهله وقد طافه محدثا ان عاد وطاف جاز وان بعث بالشاة
فهو افضل لانه خف معنى النقصان وفيه نفع للفقراء ولو لم يطف
طواف الزيارة اصلا حتى رجع الى اهله فعليه ان يعود بذلك الاحرام
لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء ابدا حتى يطوف ومن طاف
طواف الصدر محدثا فعليه صدقة لانه دون طواف الزيارة وان كان
واجبا فلا بد من اظهار التفاوت وعن ابي حنيفة انه يجب شاة الا ان الاول
اصح ولو طاف جنبا فعليه شاة لانه نقص كثير ثم هو دون طواف الزيارة
فيكتفى بالشاة ومن ترك من طواف الزيارة ثلثة اشواط فما دونها فعليه
شاة لان النقصان بترك الاقل يسير فاشبه النقصان بسبب الحدث
فيلزمه شاة فلو رجع الى اهله اجزأه ان لا يعود ويبعث شاة لما بينا
ومن ترك منه اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها لان المتروك اكثر
فصار كانه لم يطف اصلا ومن ترك طواف الصدر او اربعة اشواط منه
فعليه شاة لانه ترك الواجب او الاكثر منه وما دام بمكة يؤمر بالاعادة اقامة
للواجب في وقته ومن ترك ثلثة اشواط من طواف الصدر فعليه الصدقة
ومن طاف طواف الواجب في جوف الحجر فان كان بمكة اعاده لان الطواف
وراء الحطيم واجب على ما بيناه والطواف في جوف الحجر ان يدور حول
الكعبة ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل ذلك
فقد دخل نقصا في طوافه فما دام بمكة اعاده كله ليكون مؤديا للطواف
على الوجه المشروع فان اعاده على الحجر خاصة اجزأه لانه تلافى ما هو المتروك
وهو ان يأخذ عن يمين خارج الحجر حتى ينتهي الى آخره ثم يدخل الحجر من
الفرجة ويخرج من الجانب الآخر هكذا يفعله سبع مرات فان رجع الى
اهله ولم يعده فعليه دم لانه تمكن نقصان في طوافه بترك ما هو قريب من الربع

ولا يجزيه الصدقة ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في آخر ايام التشريق طاهراً فعليه دم فان كان طاف طواف الزيارة جنباً فعليه دمان عند ابي حنيفة وقالا عليه دم واحد لان في الوجه الاول لم ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وانما هو مستحب فلا ينقل اليه وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه مستحق الاعادة فيصير تاركاً لطواف الصدر مؤخراً لطواف الزيارة عن ايام النحر فيجب الدم بترك الصدر بالاتفاق وبتاخير الآخر على الخلاف الا انه يؤمر باعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فما دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه اما اعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث واما السعي فلانه تبع للطواف واذا اعادهما فلا شيء عليه لارتفاع النقصان فان رجع الى اهله قبل ان يعيد فعليه الدم لترك الطهارة فيه ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء الركن اذ النقصان يسير وليس عليه في السعي شيء لانه اتى به على اثر طواف معتد به وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح ومن ترك السعي بين الصفا والمروة فعليه دم وحجه تام لان السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد ومن افاض قبل الامام من عرفات فعليه دم وقال الشافعي لا شيء عليه لان الركن اصل الوقوف فلا يلزمه بترك الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجبة لقوله عليه السلام فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركه الدم بخلاف ما اذا وقف ليلاً لان استدامة الوقوف على من وقف نهاراً لا ليلاً فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية لان المتروك لا يصير مستدركاً واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم لانه من الواجبات ومن ترك رمي الجمار في الايام كلها فعليه دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد لان الجنس متحد كما في الحلق والترك انما يتحقق بغروب الشمس من آخر ايام الرمي لانه لم يعرف قربة الا فيها وما دامت الايام باقية فالاعادة ممكنة فيرميها

على التاليف ثم بتاخيرها يجب الدم عند ابي حنيفة خلافاً لهما وان ترك رمي يوم فعليه دم لانه نسك تام ومن ترك رمي احدى الجمار الثلث فعليه الصدقة لان الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك اقل الا ان يكون المتروك اكثر من النصف فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر فان ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم لانه كل وظيفة هذا اليوم رمياً فكذا اذا ترك الاكثر منها وان ترك منها حصاة او حصاتين او ثلاثاً تصدق لكل حصاة نصف صاع الا ان يبلغ دماً فينقص ما شاء لان المتروك هو الاقل فتكفيه الصدقة وان اخر الحلق حتى مضت ايام النحر فعليه دم عند ابي حنيفة وكذا اذا اخر طواف الزيارة وقالا لا شيء عليه في الوجهين وكذا الخلاف في تاخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما ان ما فات مستدرك بالقضاء فلا يجب مع القضاء شيء آخر وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه انه قال من قدم نسكاً على نسك فعليه الدم ولان التاخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام فكذا التاخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان وان حلق في ايام النحر في غير الحرم فعليه دم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا شيء عليه قال رضي الله عنه ذكر في الجامع الصغير قول ابي يوسف في المعتمر ولم يذكره في الحاج قيل هو بالاتفاق لان السنة جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من الحرم والاصح انه على الخلاف هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لان النبي عليه السلام واصحابه احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما ان الحلق لما جعل محللاً صار كالسلام في آخر الصلاة فانه من واجباتها وان كان محللاً واذا صار نسكاً اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه فالحاصل ان الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم اما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالاجماع لان اصل العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان لانه موقت به

فان لم يقصد حج رجع وتحتر فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه اذا خرج المعتمر ثم عاد لانه اتى به في مكانه فلا يلزمه ضمانه وان حلق القارن قبل ان يذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة دم بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتاخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول ولا يجب بسبب التاخير شيء على ما قلنا

فصل اعلم ان صيد البر محرم على المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى احل لكم صيد البحر الى اخر الآية وصيد البر ما يكون توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع المتوحش في اصل الخلقة واستثنى رسول الله عم الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب والحداة والغراب والحية والعقرب لانها مبتديات بالاذى والمراد به الغراب الذي ياكل الجيف هو المروي عن ابي يوسف رح واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اما القتل فلقوله تعالى ولا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل الآية نص على ايجاب الجزاء واما الدلالة ففيها خلاف الشافعي رح هو يقول الجزاء تعلق بالقتل والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما روينا من حديث ابي قتادة رض وقال عطا رح اجمع الناس على ان على الدال الجزاء ولان الدلالة من محظورات الاحرام وانه تفويت الامن عن الصيد اذ هو امن بتوحشه وتواريه فصار كالاتلاف ولان المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع بخلاف الحلال لانه لا التزام من جهته على ان فيه الجزاء على ما روي عن ابي يوسف وزفر رح والدلالة الموجبة للجزاء ان لا يكون المدلول عليه عالما بمكان الصيد وان يصدقه في الدلالة حتى لو كذبه وصدق غيره لا ضمان على المكذب ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا وسواء في ذلك العامد والناسي لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فاشبه غرامات الاموال والمبتدي والعائد سواء لان الموجب لا يختلف والجزاء عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ان يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه او في اقرب المواضع منه اذا كان في بر فيقومه ذوا عدل ثم هو مخير في الفداء ان شاء ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت هديا وان شاء اشترى

اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير وان شاء صام على ما نذكر وقال محمد والشافعي رح يجب في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي الارنب عناق وفي اليربوع جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ومثله ما يشبه المقتول صورة لان القيمة لا يكون نعما والصحابة رض منهم اوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بينا وقال عم الضبع صيد وفيه الشاة وما ليس له نظير عند محمد يجب القيمة مثل العصفور والحمام واشباههما واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي يوجب في الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر ولابي حنيفة وابي يوسف رحهما ان المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد او لكونه مرادا بالاجماع او لما فيه من التعميم وفي ضده من التخصيص والمراد بالنص والله اعلم فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي واسم النعم ينطلق على الوحشي والاهلي كذا قاله ابو عبيدة والاصمعي والمراد بما روي التقدير دون ايجاب المعين ثم الخيار الى القاتل في ان يجعله هديا او طعاما او صوما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد والشافعي الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام او بالصيام فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف لهما ان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة الآية ذكر الهدي منصوبا لانه تفسير لقوله تعالى يحكم به او مفعول لحكم الحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة او فيكون الخيار اليهما قلنا الكفارة عطف على الجزاء لا على الهدي بدليل انه مرفوع وكذا قوله او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين وانما يرجع اليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه ويقومان في المكان الذي اصابه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن فان كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر اقرب المواضع اليه

مما يباع فيه ويشترى في الوادي والواحد يكفي والاثنان اولى لانه احوط و
ابعد من الغلط كما في حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص
والهدي لا يذبح الا بمكة لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة ويجوز الاطعام في
غيرها خلافا للشافعي هو يعتبره بالهدي والجامع التوسعة على سكان
الحرم ونحن نقول الهدي قربة غير معقولة فيختص بمكان او زمان اما
الصدقة قربة معقولة في كل زمان ومكان والصوم يجوز في غير مكة لانه
قربة في كل مكان فان ذبح بالكوفة اجزأه عن الطعام معناه اذا تصدق
باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع الاختيار
على الهدي يهدي ما يجزي في الاضحية لان مطلق اسم الهدي منصرف
اليه وقال محمد والشافعي يجزي صغار النعم فيها لان الصحابة رضي الله عنهم
اوجبوا عناقا وجفرة وعند ابي حنيفة وابي يوسف رح يجوز الصغار على
وجه الاطعام يعني اذا تصدق واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف
بالطعام عندنا لانه هو المضمون فتعتبر قيمته واذا اشترى بالقيمة طعاما
تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير ولا يجوز
ان يطعم المسكين اقل من نصف صاع لان الطعام المذكور ينصرف الى ما هو
المعهود في الشرع وان اختار الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن
كل نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير يوما لان تقدير الصيام بالمقتول
غير ممكن اذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا الوجه
معهود في الشرع كما في باب الفدية فان فضل من الطعام اقل من نصف صاع
فهو مخير ان شاء صام عنه يوما كاملا وان شاء تصدق به لان الصوم
اقل من يوم غير مشروع وكذلك ان كان الواجب دون طعام مسكين قدر
الواجب يصوم يوما كاملا لما قلنا ولو جرح صيدا او نتف شعره او قطع
عضوا منه ضمن ما نقصه اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد ولو
نتف ريش طائر او قطع قوائم صيد فخرج به عن حيز الامتناع فعليه قيمته
لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه ومن كسر بيض
نعامة فعليه قيمته وهذا مروي عن علي وابن عباس رض ولانه اصل الصيد
وله عرضية ان يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا ما لم يفسد فان

فان خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته حيا وهذا استحسان والقياس ان لا
يغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلوم وجه الاستحسان ان البيض معد
ليخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل اوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى
هذا اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما وليس
في قتل الغراب والحدأة والذئب والحية والعقرب والفأرة والكلب العقور
جزاء لقوله عليه السلام خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحدأة والحية والعقرب
والفأرة والكلب العقور وقال عليه السلام يقتل المحرم الفأرة والغراب والحدأة
والعقرب والحية والكلب العقور وقد ذكر الذئب في بعض الروايات وقيل المراد
بالكلب العقور الذئب او يقال ان الذئب في معناه والمراد بالغراب الذي
ياكل الجيف ويخلط لانه يبتدئ بالاذى اما العقعق غير مستثنى لانه لا يسمى
غرابا ولا يبتدئ بالاذى وعن ابي حنيفة ان الكلب العقور وغير العقور
والمستأنس والمتوحش منهما سواء لان المعتبر في ذلك الجنس وكذا الفأرة
الاهلية والوحشية سواء لانهما لا يبتديان بالاذى والضب واليربوع
ليسا من الخمس المستثناة لانهما لا يبتديان بالاذى وليس في قتل النمل و
البعوض والبراغيث والقراد شيء لانها ليست بصيود وليست بمتولدة
من البدن ثم هي مؤذية بطباعها والمراد بالنمل السوداء والصفراء التي
تؤذي وما لا يؤذي لا يحل قتلها ولكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى ومن قتل
قملة تصدق بما شاء مثل كف من طعام لانها متولدة من التفث الذي
على البدن وفي الجامع الصغير اطعم شيئا وهذا يدل على انه يجزيه ان يطعم مسكينا
شيئا يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا ومن قتل جرادة تصدق
بما شاء لان الجراد من صيد البر فان الصيد ما لا يمكن اخذه الا بحيلة
ويقصده الآخذ وتمرة خير من جرادة لقول عمر رض تمرة خير من جرادة
ولا شيء عليه في ذبح السلحفاة لانه من الهوام والحشرات فاشبه الخنافس
والوزغات ويمكن اخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالاخذ فلم يكن صيدا
ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته لان اللبن من اجزاء الصيد فاشبه كله
ومن قتل ما لا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء الا ما استثناه
الشارع وهو ما عددناه وقال الشافعي لا يجب الجزاء لانها جبلت على

الابتداء فدخلت في الفواسق المستثناة وكذا اسم الكلب يتناول السباع
باسرها لغة ولنا ان السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالاخذ اما
بجلده او ليصطاد به او لدفع اذاه والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من
ابطال العدد واسم الكلب لا يقع على السبع عرفا والعرف املك ولا يجاوز
بقيمته شاة وقال زفر يجب بالغة ما بلغت اعتبارا بماكول اللحم ولنا قوله عم
الضبع صيد وفيه الشاة ولان اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب
موذ ومن هذا الوجه لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا واذا صال السبع على المحرم
فقتله لا شيء عليه وقال زفر يجب اعتبارا بالجمل الصائل ولنا ما روي عن عمر
انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا ابتداناه ولان المحرم ممنوع عن التعرض
لا عن دفع الاذى ولهذا كان ماذونا في دفع المتوهم من الاذى كما في الفواسق
فلان يكون ماذونا في دفع المتحقق اولى ومع وجود الاذن من الشارع
لا يجب الجزاء حقا له بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن من جهة صاحب الحق
وهو العبد واذا اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء لان الاذن
مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه من قبل ولا باس للمحرم ان يذبح
الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الاهلي لان هذه الاشياء
ليست بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض
لانه الوف باصل الخلقة ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء خلافا لمالك رح
لانه الوف مستانس ولا يمتنع بجناحيه لبطوء نهوضه ونحن نقول الحمام متوحش
باصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان كان بطيء النهوض والاستيناس عارض
فلم يعتبر وكذا اذا قتل ظبيا مستانسا لانه صيد في الاصل فلا يبطله الاستيناس
كالبعير اذا ند لا ياخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم واذا ذبح المحرم صيدا
فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي يحل ما ذبحه المحرم لغيره لانه عامل
لذلك فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكوة فعل مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون
ذكوة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي قام مقام الميز بين الدم
واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه فان اكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه
قيمة ما اكل عند ابي حنيفة رح وقالا ليس عليه جزاء ما اكل وان اكل منه محرم
اخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا لهما ان هذه ميتة فلا يلزمه باكلها الا الاستغفار

الا الاستغفار فصار كما اذا اكله محرم غيره ولابي حنيفة ان حرمته باعتبار
كونه ميتة كما ذكرنا وباعتبار انه محظور احرامه لان احرامه هو الذي
اخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية في حق الذكوة فصارت حرمة
التناول بهذه الوسائط مضافا الى احرامه بخلاف محرم اخر لان تناوله
ليس من محظورات احرامه ولا باس بان ياكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال
وذبحه اذا لم يدل المحرم عليه ولا امره بصيده خلافا لمالك فيما اذا اصطاده
لاجل المحرم له قوله عم لا باس باكل المحرم لحم الصيد ما لم يصده او يصاد له
ولنا ما روي ان الصحابة رض تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال
عليه السلام لا باس به واللام فيما روي لام التمليك فيحمل على ان يهدى اليه
الصيد دون اللحم او معناه ان يصاد بامره ثم شرط عدم الدلالة وهذا
تنصيص على ان الدلالة محرمة قالوا فيه روايتان ووجه الحرمة حديث
ابي قتادة وقد ذكرناه وفي صيد الحرم اذا ذبحه الحلال فعليه قيمته يتصدق
بها على الفقراء لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم قال عم في حديث فيه
طول لا ينفر صيدها ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليست بكفارة فصار
ضمان الاموال وهذا لانه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الامن والواجب
على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار معنى فيه وهو احرامه
والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحال وقال زفر يجزيه الصوم اعتبارا
بما وجب على المحرم والفرق قد ذكرناه وهل يجزيه الهدي فعنه روايتان
ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله فيه اذا كان في يده خلافا للشافعي رح
فانه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد ولنا انه لما حصل
في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم اذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الامن
لما روينا فان باعه رد البيع فيه ان كان قائما لان البيع لم يجز لما فيه من
التعرض للصيد وذلك حرام وان كان فائتا فعليه الجزاء لانه تعرض للصيد
بتفويت الامن الذي استحقه وكذلك بيع المحرم الصيد من محرم او حلال
لما قلنا ومن احرم وفي بيته او في قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله وقال
الشافعي رح يجب عليه ان يرسله لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار
كما اذا كان في يده ولنا ان الصحابة كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود

وقد داجن ولم ينقل عنهم ارسالها وبذلك جرت العادة الفاشية وهي احدى الحجج ولان الواجب ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به غير انه في ملكه ولو ارسله في مفازة فهو على ملكه فلا معتبر ببقاء الملك وقيل اذا كان القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع

فان اصاب حلال صيدا ثم احرم فارسله من يده غيره ضمن عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن لان المرسل آمر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل وله انه ملك الصيد بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد اتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما اذا كان اخذه في حالة الاحرام لانه لم يملكه فالواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع يده عنه كان متعديا ونظيره الاختلاف في كسر المعازف

فان اصاب محرم صيدا فارسله من يده غيره فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه لم يملكه بالاخذ فان الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم لقوله تع وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فصار كما اذا اشترى الخمر

فان قتله محرم آخر في يده فعلى كل واحد منهما جزاؤه لان الآخذ متعرض للصيد الآمن والقاتل مقرر لذلك والتقرير كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ويرجع الآخذ على القاتل وقال زفر لا يرجع لان الآخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا ان الآخذ انما يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به فهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون في معنى مباشرة علة العلة فيحال بالضمان عليه

فان قطع حشيش الحرم او شجرة التي ليس بمملوك وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه لان حرمتهما ثبتت بسبب الحرم قال عم لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لان حرمة تناولها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام فكان من ضمان المحال على ما بينا ويتصدق بقيمته على الفقراء واذا اداها ملكه كما في حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع لانه ملكه بسبب محظور شرعا فلو اطلق له في بيعه لتطرق الناس الى مثله الا انه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد والفرق ما نذكره والذي ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق للامن بالاجماع ولان المحرم المنسوب الى الحرم والنسبة اليه على الكمال عند عدم النسبة الى غيره بالانبات وما لا ينبت عادة اذا انبته

كالم نقله

اذا انبته انسان التحق بما ينبت عادة ولو نبت بنفسه في ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقا للشرع وقيمة اخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك في الحرم وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه لانه ليس بنام ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر وقال ابو يوسف لا بأس بالرعي لان فيه ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا ما روينا والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة بخلاف الاذخر لانه استثناه النبي عم فيجوز قطعه ورعيه وبخلاف الكمأة لانها ليست من جملة النبات

وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي دم واحد بناء على انه محرم باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين وقد مر من قبل قال الا ان يتجاوز الميقات غير محرم بالعمرة او الحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر لان المستحق عليه عند الميقات احرام واحد وبتأخير واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد

واذا اشترك محرمان في قتل صيد واحد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل لان كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية فاذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء على الجناية فيتحد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ فعليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما كفارة

واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل لان بيعه حيا تعرض للصيد الآمن وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة ومن اخرج ظبية من الحرم فولدت اولادا فماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا ولهذا وجب رده الى مأمنه وهذه صفة شرعية فتسري الى الولد فان ادى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد لان بعد اداء الجزاء لم تبق آمنة لان وصول الخلف كوصول الاصل والله اعلم

باب مجاوزة الوقت بغير احرام

واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت فان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة وطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان رجع اليه محرما فلا شيء عليه لبى او لم يلب وقال زفر لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود وصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا

انه تدارك المتروك في اوانه وذلك قبل الشروع في الافعال فيسقط الدم بخلاف
الافاضة لانه لم يتدارك المتروك على ما مر غير ان التدارك عندهما بعوده محرما
لانه اظهر حق الميقات كما اذا مر به محرما ساكتا وعنده بعوده محرما ملبيا لان
العزيمة في الاحرام من دويرة اهله فاذا ترخص بالتاخير الى الميقات وجب
عليه قضاء حقه بانشاء التلبية فكان التلافي بعوده ملبيا وعلى هذا الخلاف
اذا احرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا ولو عاد بعدما ابتدأ
الطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد اليه قبل الاحرام
سقط بالاتفاق وهذا الذي ذكرنا اذا كان يريد الحج او العمرة فان دخل البستان
لحاجة فله ان يدخل مكة بغير احرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل
سواء لان البستان غير واجب التعظيم ولا يلزمه الاحرام بقصده واذا
دخله التحق باهله فللبستاني ان يدخل مكة بغير احرام للحاجة فكذلك له
والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد مر من
قبل فكذا وقت الداخل الملتحق به فان احرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن
عليهما شيء يريد به البستاني والداخل فيه لانهما احرما من ميقاتهما ومن دخل
مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت فاحرم بحجة عليه اجزاه من
دخوله مكة بغير احرام وقال زفر رح لا يجزيه وهو القياس اعتبارا بما لزمه
بسبب النذر وصار كما اذا تحولت السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته لان
الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام
في الابتداء بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتأدى
الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتأدى بصوم رمضان
من هذه السنة دون العام الثاني ومن جاوز الميقات فاحرم بعمرة
وافسدها مضى فيها وقضاها لان الاحرام يقع لازما فصار كما اذا
افسد الحج وليس عليه دم لترك الوقت وعلى قياس قول زفر لا يسقط عنه وهو
نظير الاختلاف في فائت الحج اذا جاوز الوقت بغير احرام وفيمن جاوز
الوقت بغير احرام فاحرم بالحج ثم افسد حجته هو يعتبر المجاوزة بهذه
بغيرها من المحظورات ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه في
القضاء وهو يحكي الفائت فلا ينعدم به غيره من المحظورات فيصح الفرق واذا

واذا خرج المكي يريد الحج فاحرم ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة
لان وقته الحرم وقد جاوزه بغير احرام فان عاد الى الحرم ولبى او لم يلب فهو
على الاختلاف الذي ذكرناه في الآفاقي والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم خرج
من الحرم فاحرم بالحج ووقف بعرفة فعليه دم لانه لما دخل مكة واتى بافعال
العمرة صار بمنزلة المكي واحرام المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتأخيره
عنه فان رجع الى الحرم واهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء عليه وهو على
الخلاف الذي تقدم في الآفاقي

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال ابو حنيفة رح
اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه
لرفضه دم وعليه حجة وعمرة وقال ابو يوسف ومحمد رح رفض العمرة احب الينا
وقضاؤها وعليه دم لانه لا بد من رفض احدهما لان الجمع بينهما في حق المكي
غير مشروع والعمرة اولى بالرفض لانها ادنى حالا واقل اعمالا وايسر
قضاء لكونها غير موقتة وكذا اذا احرم بالعمرة ثم بالحج ولم يأت بشيء
من افعال العمرة لما قلنا وان طاف للعمرة اربعة اشواط ثم احرم بالحج
رفض الحج بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها كما اذا فرغ
منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة اقل من ذلك عند ابي حنيفة وله ان احرام
العمرة قد تأكد باداء شيء من اعمالها واحرام الحج لم يتأكد ورفض غير
المتأكد ايسر ولان في رفض العمرة والحالة هذه ابطال العمل وفي رفض
الحج امتناع عنه وعليه دم بالرفض ايهما رفضه لانه تحلل قبل اوانه لتعذر
المضي فيه فكان في معنى المحصر الا ان في رفض العمرة قضاءها لا غير
وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة لانه في معنى فائت الحج وان مضى عليهما اجزأه
لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنهما والنهي لا يمنع تحقق الفعل
على ما عرف من اصلنا وعليه دم لجمعه بينهما لانه تمكن النقصان في عمله لارتكابه
المنهي عنه وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق الآفاقي دم شكر ومن احرم
بالحج ثم احرم يوم النحر بحجة اخرى فان حلق في الاولى لزمته الاخرى
ولا شيء عليه وان لم يحلق في الاولى لزمته الاخرى وعليه دم قصر او لم يقصر
عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه لان الجمع بين احرامي الحج
واحرامي العمرة بدعة فاذا حلق فهو وان كان نسكا في الاحرام الاول فهو

جناية على الثاني لانه في غير اوانه فيلزمه الدم بالاجماع وان لم يحلق
حتى حج في العام القابل فقد اخر الحلق عن وقته في الاحرام الاول وذلك
يوجب الدم عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يلزمه شيء على ما ذكرنا فلهذا
سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما ومن
فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى فعليه دم لاحرامه قبل الوقت
لانه جمع بين احرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر
وكفارة ومن اهل بالحج ثم احرم بعمرة لزماه لان الجمع بينهما مشروع في
حق الافاقي والمسئلة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه اخطأ السنة فيصير
مسيئا فلو وقف بعرفات ولم يات بافعال العمرة فهو رافض لعمرته
لانه تعذر عليه اداؤها اذ هي مبنية على الحج غير مشروعة فان توجه اليها
لم يكن رافضا حتى يقف وقد ذكرناه من قبل فان طاف للحج ثم احرم بعمرة
فمضى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لان الجمع بينهما مشروع على ما مر فيصح
الاحرام بهما والمراد بهذا الطواف طواف التحية وانه سنة وليس بركن
حتى لا يلزمه بتركه شيء فاذا لم يات بما هو ركن يمكنه ان ياتي بافعال العمرة
ثم بافعال الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم
كفارة وجبر هو الصحيح لانه بان افعال العمرة على افعال الحج من وجه
ويستحب ان يرفض عمرته لان احرام الحج قد تاكد بشيء من افعاله بخلاف
ما اذا لم يطف للحج واذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها وعليه
دم لرفضها ومن اهل بعمرة في يوم النحر او في ايام التشريق لزمته لما قلنا
ويرفضها اي يلزمه الرفض لانه قد ادى ركن الحج فيصير بانيا افعال العمرة
على افعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه الايام على ما نذكر فلهذا يلزمه
رفضها فان رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها لما بينا وان مضى عليها
اجزاه لان الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا في هذه الايام باداء
بقية افعال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما وعليه دم لجمعه بينهما اما في
الاحرام او في الاعمال الباقية قالوا وهذا دم كفارة ايضا وقيل اذا حلق
للحج ثم احرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الاصل وقيل يرفضها احترازا
عن النهي قال الفقيه ابو جعفر ومشايخنا على هذا فان فاته الحج ثم احرم بعمرة

بعمرة او بحجة فانه يرفضها لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير ان
ينقلب احرامه احرام العمرة على ما ياتيك في باب الفوات فيصير جامعا بين
العمرتين من حيث الافعال فعليه ان يرفضها كما لو احرم بعمرتين فان
احرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين احراما فعليه ان يرفضها كما لو احرم
بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل اوانه

باب الاحصار

واذا احصر المحرم بعدو او اصابه مرض فمنعه من المضي جاز
له التحلل وقال الشافعي رح لا يكون الاحصار الا بالعدو لان التحلل بالهدي
شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالاحلال ينجو من العدو لا من المرض
ولنا ان اية الاحصار وردت في الاحصار بالمرض والحصر بالعدو و
التحلل قبل اوانه لدفع الحرج الاتي من قبل امتداد الاحرام والحرج في
الاصطبار عليه مع المرض اعظم واذا جاز له التحلل يقال له ابعث شاة
تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل وانما تبعث
الى الحرم لان دم الاحصار قربة والاراقة لم تعرف قربة الا في زمان او في مكان
على ما مر فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل واليه الاشارة بقوله تعالى ولا تحلقوا
رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله فان الهدي اسم لما يهدى الى الحرم وقال الشافعي
لا يتوقت به لانه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف قلنا المراعى
اصل التخفيف لا نهايته ويجوز الشاة لان المنصوص عليه الهدي والشاة ادناه
وتجزيه البقرة والبدنة كما في الضحايا وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة
بعينها لان ذلك قد يتعذر بل له ان يبعث بالقيمة حتى تشترى الشاة هنالك
وتذبح عنه وقوله ثم تحلل اشارة الى انه ليس عليه الحلق او التقصير وهو قول
ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف عليه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه لانه ع م
حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وامر اصحابه بذلك ولهما ان الحلق
انما عرف قربة مرتبا على افعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي ع م واصحا
به ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف ف وان كان قارنا بعث
بدمين لاحتياجه الى التحلل عن احرامين فان بعث بهدي واحد ليتحلل عن
الحج ويبقى في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع في
حالة واحدة ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم ويجوز ذبحه قبل

يوم النحر عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز الذبح للمحصر بالحج الا في يوم النحر ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء اعتبارا بهدي المتعة والقران وربما يعتبرانه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابي حنيفة انه دم كفارة حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك وبخلاف الحلق لانه في اوانه لان معظم افعال الحج وهو الوقوف ينتهي به والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رض ولان الحج يجب قضاؤه لصحة الشروع والعمرة لما انه في معنى فائت الحج وعلى المحصر بالعمرة القضاء فالاحصار عنها يتحقق عندنا وعند مالك لا يتحقق لانها لا تتوقت ولنا ان النبي عم واصحابه احصروا بالحديبية وكانوا عمارا ولان شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج وواحدة منهما فلما بينا والثانية لانه خرج منها بعد صحة الشروع فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك الحج والهدي لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو اداء الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة له ذلك لانه فائت الحج وان كان يدرك الحج والهدي لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف واذا ادرك هديه صنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه وان كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل لعجزه عن الاصل وان كان يدرك الحج دون الهدي جاز له التحلل استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدي وانما يستقيم على قول ابي حنيفة وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر وجه القياس وهو قول زفر انه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدي وجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه لضاع ماله لان المبعوث على يده الهدي يذبحه ولا يحصل مقصوده وحرمة المال كحرمة النفس وله الخيار ان شاء صبر في ذلك المكان او في غيره ليذبح عنه فيتحلل وان

وان شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه بالاحرام وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعده ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لوقوع الامن عن الفوات ومن احصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما لو احصر في الحل وان قدر على احدهما فليس بمحصر اما على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل واما على الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه المسئلة خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف والصحيح ما اعلمتك من التفصيل

باب الفوات

ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج لما ذكرنا ان وقت الوقوف يمتد اليه وعليه ان يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي من قابل ولا دم عليه لقوله عم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليتحلل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة ليست الا الطواف والسعي ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه الا باداء احد النسكين كما في الاحرام المبهم وههنا عجز عن الحج فتتعين عليه العمرة ولا دم عليه لان التحلل وقع بافعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فعلها فيها وهي يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق لما روي عن عائشة رض انها كانت تكره العمرة في هذه الايام الخمسة ولان هذه ايام الحج فكانت متعينة له وعن ابي يوسف انه لا يكره في يوم عرفة قبل الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر من المذهب ما ذكرناه ولكن مع هذا لو اداها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان الكراهة لغيرها وهو تعظيم امر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع والعمرة سنة وقال الشافعي فريضة لقوله عم العمرة فريضة كفريضة الحج ولنا قوله عم الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها غير موقتة بوقت وتتادى بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه امارة النفلية وتاويل ما رواه انها مقدرة باعمال كالحج اذ لا تثبت الفريضة مع التعارض في الآثار قال وهي الطواف والسعي وقد ذكرناه في باب التمتع

باب الحج عن الغير

الاصل في هذا ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره صلوة او صوما او صدقة او غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي عن النبي عم انه ضحى بكبشين

الملحى بن احدهما عن نفسه والآخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى
وشهد له بالبلاغ جعل تضحية احدى الشاتين لامته والعبادات انواع مالية
محضة كالزكوة وبدنية محضة كالصلوة ومركبة منهما كالحج والنيابة تجرى
في النوع الاول في حالتي الاختيار والضرورة لحصول المقصود بفعل
النائب ولا تجرى في النوع الثاني بحال لان المقصود وهو اتعاب النفس
لا يحصل به وتجرى في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهو المشقة
بتنقيص المال ولا تجرى عند القدرة لعدم اتعاب النفس والشرط العجز
الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وفي الحج النفل تجوز الانابة حالة
القدرة لان باب النفل اوسع ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه
وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه عليه السلام قال فيه
حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد ان الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة
لانه عبادة بدنية وعند العجز اقيم الانفاق مقامه كالفدية في باب الصوم
قال ومن امره رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما فهي عن
الحاج ويضمن النفقة لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج عن حجة الاسلام
وكل واحد منهما امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن
احدهما لعدم الاولوية فيقع عن المأمور ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد
ذلك بخلاف ما اذا حج عن ابويه فان له ان يجعله عن ايهما شاء لانه متبرع بجعل
ثواب عمله لاحدهما او لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا لثوابه وههنا
يفعل بحكم الآمر وقد خالف امرهما فيقع عنه ويضمن النفقة ان انفق من
مالهما لانه صرف نفقة الآمر الى حج نفسه وان ابهم الاحرام بان نوى عن
احدهما غير عين فان مضى على ذلك صار مخالفا لعدم الاولوية وان
عين احدهما قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف وهو القياس لانه مأمور
بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما اذا لم يعين حجة او عمرة
حيث كان له ان يعين ما شاء لان الملتزم هناك مجهول وههنا المجهول
من له الحق وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا
بنفسه والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفى به شرطا بخلاف
ما اذا ادى الافعال على الابهام لان المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا

مخالفا قال وان امره غيره ان يقرن عنه فالدم على من احرم لانه وجب
شكرا لما وفقه الله من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه
النعمة لان حقيقة الفعل منه وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد
ان الحج يقع عن المأمور وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والآخر بان
يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا ودم الاحصار على الآمر
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف على الحاج لانه وجب للتحلل
دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر راجع اليه فيكون الدم عليه
ولهما ان الآمر هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه فان كان
يحج عن ميت فاحصر فالدم في مال الميت عندهما خلافا لابي يوسف ثم قيل
هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكوة وغيرها وقيل من جميع المال لانه وجب
حقا للمأمور فصار دينا ودم الجماع على الحاج لانه دم جناية وهو الجاني عن
اختيار ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لان
الصحيح هو المأمور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فاته
باختياره اما اذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول
مقصود الآمر وعليه الدم في ماله لما بينا وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج
لما قلنا ومن اوصى بان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات او سرقت
نفقته وقد انفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يحج عنه من حيث مات الاول فالكلام ههنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج
اما الاول فالمذكور قول ابي حنيفة اما عند محمد يحج عنه بما بقي من المال المدفوع اليه
ان بقي شيء والا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصي اذا عين المال لانه
تعيين الوصي كتعيينه وعند ابي يوسف يحج عنه بما بقي من الثلث الاول لانه هو
المحل لنفاذ الوصية ولابي حنيفة ان قسمة الوصي وعزله المال لا يصح الا
بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم ليقبض ولم يوجد التسليم
الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث ما بقي واما
الثاني فوجه قول ابي حنيفة وهو القياس ان القدر الموجود من السفر قد
بطل في حق احكام الدنيا قال عليه السلام اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلث
الحديث وتنفيذ الوصية من احكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كان لم

يوجد الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تع
ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الآية وقال عم من مات في طريق
الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل اعتبرت الوصية من ذلك
المكان واصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه ويبتني على ذلك المامور بالحج
قال ومن اهل بحجة عن ابويه يجزيه ان يجعله عن احدهما لان من حج عن غيره
بغير اذنه فانما يجعل ثواب حجه له وذلك بعد اداء الحج فلغت نيته قبل ادائه
وصح جعله ثوابه لاحدهما بعد الاداء بخلاف المامور على ما قررناه من قبل

باب الهدي

الهدي ادناه شاة لما روي انه عم سئل عن الهدي فقال
ادناه شاة قال وهو من ثلثة انواع الابل والبقر والغنم لانه عم لما جعل
الشاة ادنى لا بد ان يكون له اعلى وهو البقر والجزور ولان الهدي ما
يهدى الى الحرم ليتقرب به فيه والاصناف الثلثة سواء في هذا المعنى
ولا يجوز في الهدايا الا ما جاز في الضحايا لانه قربة تعلقت باراقة الدم
كالاضحية فيتخصصان بمحل واحد والشاة جائزة في كل شيء الا في
موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف فانه لا يجوز
فيهما الا البدنة وقد بينا المعنى فيما سبق ويجوز الاكل من هدي التطوع و
المتعة والقران لانه دم نسك فيجوز الاكل منها بمنزلة الاضحية وقد صح
ان النبي عم اكل من لحم هديه وحسى من المرقة ويستحب له ان ياكل منها لما روينا
وكذا يستحب ان يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا ولا يجوز الاكل
من بقية الهدايا لانها دماء كفارات وقد صح ان النبي عم لما احصر بالحديبية
وبعث الهدايا على يدي ناجية الاسلمي رض قال له لا تاكل انت ورفقتك
منها شيئا ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر
قال رضي الله عنه وفي الاصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم
النحر افضل وهذا هو الصحيح لان القربة في التطوعات باعتبار انها هدايا
وذلك يتحقق بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها في غير يوم النحر
وفي ايام النحر افضل لان معنى القربة في اراقة الدم فيها اظهر اما دم المتعة
والقران فلقوله تع فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم
وقضاء التفث يختص بيوم النحر ولانه دم نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية

كالاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا في اي وقت شاء وقال الشافعي لا يجوز
الا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فان كل واحد دم جبر عنده
ولنا ان هذه دماء كفارات فلا يختص بيوم النحر لانها لما وجبت لجبر النقصان
كان التعجيل بها اولى لارتفاع النقصان به من غير تاخير بخلاف دم المتعة
والقران لانه دم نسك قال ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم لقوله تع في
جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فصار اصلا في كل دم هو كفارة ولان الهدي
اسم لما يهدى الى مكان ومكانه الحرم قال عم منى كلها منحر وفجاج مكة كلها
منحر ويجوز ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي رح
لان الصدقة قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة قال ولا يجب التعريف
بالهدايا لان الهدي ينبئ عن النقل الى مكان ليتقرب باراقة دمه فيه لا عن
التعريف فلا يجب فان عرف بهدي المتعة فحسن لانه يتوقت بيوم النحر
فعسى لا يجد من يمسكه فيحتاج الى ان يعرف به ولانه دم نسك فيكون مبناه على
التشهير بخلاف دماء الكفارات لانه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا
وسببها الجناية فيليق بها الستر قال والافضل في البدن النحر وفي البقر
والغنم الذبح لقوله تع فصل لربك وانحر قيل في تاويله الجزور وقال الله تع
ان تذبحوا بقرة وقال الله تع وفديناه بذبح عظيم والذبح ما اعد للذبح
وقد صح ان النبي عم نحر الابل وذبح البقر والغنم ثم ان شاء نحر الابل في
الهدايا قياما او اضجعها واي ذلك فعل فهو حسن والافضل ان ينحرها
قياما لما روي عن النبي عم انه نحر الهدايا قياما واصحابه رض كانوا ينحرونها
قياما معقولة اليد اليسرى ولا يذبح البقر والغنم قياما لان في حالة الاضطجاع
المذبح ابين فيكون الذبح ايسر والذبح هو السنة فيهما قال والاولى ان
يتولى ذبحها بنفسه اذا كان يحسن ذلك لما روي انه عم ساق مائة بدنة في
حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقي عليا رض ولانه قربة والتولي
في القربات اولى لما فيه من زيادة الخشوع الا ان الانسان قد لا يهتدي
لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليته غيره قال ويتصدق بجلالها وخطامها ولا
يعطي اجرة الجزار منها لقوله عم لعلي رض تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط
اجر الجزار منها ومن ساق بدنة فاضطر الى ركوبها ركبها وان استغنى عن ذلك

لم يركبها لانه جعلها خالصة لله تعالى فما ينبغي ان يصرف شيئا من عينها او
منافعها الى نفسه الى ان يبلغ محله الا ان يحتاج الى ركوبها لما روي انه عم
رأى رجلا يسوق بدنة فقال اركبها ويلك وتاويله انه كان عاجزا محتاجا
ولو ركبها فانتقصت بركوبه فعليه ضمان ما نقص من ذلك وان كان لها لبن
لم يحلبها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة نفسه وينضح ضرعها
بالماء البارد حتى ينقطع اللبن ولكن هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح
فلو كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها وان صرفه
الى حاجة نفسه تصدق بمثله او بقيمته لانه مضمون عليه ومن ساق هديا
فعطب فان كان تطوعا فليس عليه غيره لان القربة تعلقت بهذا
المحل وقد فات وان كان عن واجب فعليه ان يقيم غيره مقامه لان الواجب
باق في ذمته وان اصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه لان المعيب بمثله لا
يتادى به الواجب فلا بد من غيره وصنع بالمعيب ما شاء لانه التحق بسائر
املاكه واذا عطبت البدنة في الطريق فان كان تطوعا نحرها وصبغ نعلها
بدمها وضرب بها صفحة سنامها ولم يأكل هو ولا غيره من الاغنياء بذلك
امر رسول الله عم ناجية الاسلمي رض والمراد بالنعل قلادتها وفائدة ذلك
ان يعلم الناس انه هدي فيأكل منه الفقراء دون الاغنياء وهذا لان الاذن
بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي ان لا يحل قبل ذلك اصلا الا ان
التصدق على الفقراء افضل من ان يتركه جزرا للسباع وفيه نوع تقرب
والتقرب هو المقصود فان كانت واجبة اقام غيرها مقامها وصنع بها
ما شاء لانه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر املاكه ويقلد هدي التطوع
والمتعة والقران لانه دم نسك وفي التقليد اظهاره وتشهيره فيليق به
ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات لان سببها الجناية والستر اليق بها
ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر الهدي ومراده البدنة لانه لا
يقلد الشاة عادة ولا يسن تقليدها عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم

مسائل منثورة اهل عرفة اذا وقفوا في يوم وشهد قوم انهم وقفوا يوم النحر
اجزاهم والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما اذا وقفوا يوم التروية وهذا لانه
عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما وجه الاستحسان ان

ان هذه شهادة قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود
منها نفي حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه بلوى عاما لتعذر
الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن وفي الامر بالاعادة حرج بين فوجب
ان يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية لان التدارك
ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه في يوم عرفة ولان جواز المؤخر له نظير
ولا كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم ان لا يسمع هذه الشهادة
ويقول قد تم حج الناس انصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع الفتنة وكذا اذا
شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس
او اكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى
والثالثة ولم يرم الاولى فان رمى الاولى ثم الباقيتين فحسن لانه راعى
الترتيب المسنون ولو رمى الاولى وحدها اجزاه لانه تدارك المتروك في وقته
وانما ترك الترتيب وقال الشافعي لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا
فصار كما اذا سعى قبل الطواف او بدأ بالمروة قبل الصفا ولنا ان كل
جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض
بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه والمروة عرفت بالنص منتهى السعي
فلا يتعلق به البداية ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا فانه لا يركب حتى
يطوف طواف الزيارة وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي وهذا اشارة
الى الوجوب وهو الاصل لانه التزم القربة بصفة الكمال فيلزمه بتلك الصفة
كما اذا نذر بالصوم متتابعا وافعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي الى ان
يطوفه ثم قيل يبتدئ المشي من حيث يحرم وقيل من بيته لان الظاهر انه
هو المراد ولو ركب اراق دما لانه ادخل نقصا فيه قالوا انما يركب اذا بعدت
المسافة وشق المشي واذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي
ان لا يركب ومن باع جارية محرمة قد اذن لها في ذلك فللمشتري ان يحللها
ويجامعها وقال زفر ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه
كما لو اشترى جارية منكوحة ولنا ان المشتري قائم مقام البائع وقد كان
للبائع ان يحللها فكذا المشتري الا انه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد
وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع ان

بفسخه اذا باشرت باذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري واذا كان له ان يحللها
لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر يتمكن لانه ممنوع عن غشيانها وذكر
في بعض النسخ او يجامعها والاول يدل على انه يحللها بغير الجماع بقص
شعر او بقلم ظفر ثم يجامعها والثاني يدل على انه يحللها بالمجامعة لانها
لا تخلو عن تقديم مس يقع به التحلل والاولى ان يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج

كتاب النكاح

النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما
عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء
شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالاخر
عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح
والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وينعقد بلفظة
النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقال الشافعي لا ينعقد
الا بلفظة النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه
لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ازدواج بين المالك
والمملوك اصلا ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك
الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظ
البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز ولا ينعقد بلفظة الاجارة في
الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظة الاباحة والاحلال والاعارة
لما قلنا ولا ينعقد بلفظة الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد
الموت قال ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين
بالغين مسلمين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين
في القذف قال رضي الله عنه اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح
الا بشهود وهو حجة على مالك في اشتراط الاعلان دون الاشهاد ولا بد من
اعتبار الحرية فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل
والبلوغ لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه
لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور
رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي وستعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى
ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي

له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل
الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه
لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا
والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت
ثمرة الاداء بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين
قال وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد وزفر لا يجوز لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر
على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح
على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب
المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا
لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرط على العقد
قال ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة
رجل واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس
ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا فبقي المزوج شاهدا وان كان الاب غائبا
لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج
الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان
كانت غائبة لا يجوز

فصل في بيان المحرمات

قال لا يحل للرجل ان يتزوج بامه
ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم
والجدات امهات اذ الام هي الاصل لغة او يثبت حرمتهن بالاجماع قال
ولا ببنته لما تلونا ولا ببنت ولده وان سفلت بالاجماع ولا باخته ولا ببنات
اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه
الاية وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة
المتفرقين لان جهة الاسم عامة قال ولا بام امرأته التي دخل بابنتها او لم يدخل
لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد الدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها
لثبوت قيد الدخول بالنص سواء كانت في حجره او في غير حجره لان ذكر
الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي
الدخول قال ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم

وحاصله ان المحرمات التي تضمنها كتاب النكاح والرضاع على احد وعشرين نوعا سبعة من جهة النسب وسبعة من جهة الرضاع واربعة من جهة المصاهرة واثنان من حرمة الجمع وواحدة من جهة الكفر اما السبعة من جهة النسب فالامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت وكذلك تحريم الرضاع في هولاء لقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واما الاربع التي من قبل المصاهرة فام المراة وابنتها ومنكوحة الاب وحليلة الابن واما اللتان من جهة الجمع فالجمع اكثر من اربع والجمع بين الاختين واما الواحدة التي من جهة الكفر فهي المجوسية هذا تخريج النظم وفي ذكره التحفة فقال تحريم النكاح يتنوع الى تسعة انواع بالقرابة والقرابة والرضاع والجمع وتقديم الامة والحرة وبسبب الشرك وبسبب ملك اليمين وبسبب الطلاق الثلث فعلى هذا تكون المحرمات تسعة عشرين ...

ولا بامراة ابنه وبني اولاده لقوله تع وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم ذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تع وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قال ولا يجمع بين الاختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا لقوله تع وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين قال فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطاء الامة وان كان لم يطاء المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطاء المنكوحة الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فح يطاء المنكوحة لعدم الجمع ويطاء المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للتضرر فتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فيصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما او الاصطلاح لجهالة المستحقة ولا يجمع بين المراة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عم لا تنكح المراة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امراتين لو كانت احديهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة الرحم والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع يحرم لما روينا من قبل ولا باس بان يجمع بين امراة وابنت زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرناها ذكرا لا يجوز له التزوج بامراة ابيه قلنا امراة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج بهذه والشرط ان يصور ذلك من كل جانب ومن زنى بامراة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطء محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا ومن مسته امراة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي لا يحرم وعلى هذا الخلاف مسه امراة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطء وعلى هذا اتيان المراة في الدبر واذا طلق امراته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي ان كانت العدة عن طلاق باين او ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله الى زمان ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تع والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد ان شاء الله تع ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عم سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال ولا الوثنيات لقوله تع ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزويج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم يجز مناكحتهم

لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حال الصابئة

ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه عم تزوج بميمونة رض وهو محرم وما رواه محمول على الوطي

ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف

ولا يتزوج امة على حرة لقوله عم لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضاء الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام

ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عم وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق باين او ثلث لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا ولابي حنيفة ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها

وللحر ان يتزوج اربعا من الحراير والاماء وليس له ان يتزوج باكثر من ذلك لقوله تع فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار

ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية

فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا باينا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي رح وهو نظير نكاح الاخت

فان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطاها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني

فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح يحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل

ومن وطي جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطاها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح لا احب له ان يطاها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل

وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطاها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد لا احب له ان يطاها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا

ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رض وابن عباس رض صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع

والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال زفر رح هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بينهما اذا طالت مدة التاقيت او قصرت لان التاقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد

ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة احديهما لا تحل له

نكاحها صح نكاح التي تحل نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في
احديهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة
وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي تحل عند ابي حنيفة وعندهما
يقسم على مهر مثلهما وهي مسئلة الاصل ومن ادعت عليه امراة انه تزوجها فاقامت
بينة فجعلها القاضي امراته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه
يجامعها وهذا عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اولا وفي قوله الآخر وهو
قول محمد لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي لان القاضي اخطأ الحجة
اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود
صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر
والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن
تنفيذه باطنا بتقديم النكاح ينفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة
لان في الاسباب تزاحما فلا امكان

باب الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة
العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي
حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا ينعقد الا بولي
وعند محمد ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي لا ينعقد النكاح بعبارة
النساء اصلا لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها
الا ان محمدا يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت في
خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف
في المال ولها اختيار الازواج وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا تنسب الى
الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو ولكن للولي ولاية
الاعتراض في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز في غير
الكفو لان كم من واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد الى قولهما ولا يجوز للولي اجبار
البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي له الاعتبار بالصغيرة وهذا
لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض الاب صداقها بغير
امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة
لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام و
كالتصرف في المال وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا

لا يملك مع نهيها قال واذا استأذنها فسكتت او ضحكت فهو اذن
لقوله عليه السلام البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جنبة الرضاء
فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضاء من
السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة
بما سمعت لا يكون رضاء واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا قال وان فعل هذا غير
الولي يعني استأمر او ولي غيره اولى منه لم يكن رضاء حتى تتكلم به لان هذا السكوت
لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضاء ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء
بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول
الولي لانه قائم مقامه ويعتبر في الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة
ليظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لان النكاح
صحيح بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة
في السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة
عند ابي حنيفة خلافا لهما وان كان رسولا لا يشترط بالاجماع وله نظائر
ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور
ولان النطق لا يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق
في حقها واذا زالت بكارتها بوثبة او جراحة او تعنيس او حيضة فهي
في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكورة
والبكرة ولانها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند
ابي حنيفة وعندهما والشافعي لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها
عائد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي حنيفة ان الناس عرفوها
بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها
مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع اظهره
حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها
لا يكتفى بسكوتها واذا قال الزوج قد بلغك النكاح فسكتت وقالت رددت
فالقول قولها وقال زفر القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار
كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد
وتملك البضع والمراة تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة

بخلاف مسألة الخيار لأن اللزوم قد ظهر بمضي المدة وإن أقام الزوج
البينة على سكوتها ثبت النكاح لأنه نوّر دعواه بالحجة وإن لم يكن له بينة
فلا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة و
ستأتيك في الدعوى إن شاء الله تعالى ويجوز نكاح الصغير والصغيرة إذا زوجهما
الولي بكراً كانت الصغيرة أو ثيباً والولي هو العصبة ومالك يخالفنا في غير
الأب والشافعي في غير الأب والجد وفي الثيب الصغيرة أيضاً وجه قول مالك
أن الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة إلا أن ولاية
الأب ثبتت نصاً بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا لا بل
هو موافق للقياس لأن النكاح يتضمن المصالح ولا يتوفر إلا بين المتكافئين
عادة ولا يتفق الكفء في كل زمان فأثبتنا الولاية في حالة الصغر إحرازاً
للكفء وجه قول الشافعي أن النظر لا يتم بالتفويض إلى غير الأب والجد
لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع أنه أدنى رتبة
فلأن لا يملك التصرف في النفس وأنه أعلى رتبة أولى ولنا أن القرابة داعية إلى
النظر كما في الأب والجد وما فيه من القصور أظهرناه في سلب ولاية الإلزام
بخلاف التصرف في المال فإنه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية إلا
ملزمة ومع القصور لا يثبت الإلزام وجه قوله في المسألة الثانية أن الثيابة
سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فأدرنا الحكم عليها تيسيراً ولنا ما ذكرنا
من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأي بدون الشهوة
فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عم الإنكاح إلى العصبات
من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية الإنكاح كالترتيب في الإرث
والأبعد محجوب بالأقرب قال فإن زوجهما الأب والجد يعني الصغير والصغيرة
فلا خيار لهما بعد بلوغهما لأنهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد
بمباشرتهما كما إذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وإن زوجهما غير الأب والجد
فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ إن شاء أقام على النكاح وإن شاء فسخ
وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا خيار لهما اعتباراً بالأب والجد
ولهما أن قرابة الأخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق
الخلل إلى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الإدراك وإطلاق الجواب في غير الأب

والجد يتناول الأم والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي
في أحدهما ونقصان الشفقة في الآخر فيتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف
خيار العتق لأن الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل
الذكر والأنثى فجعل إلزاماً في حق الآخر فيفتقر إلى القضاء وخيار العتق
لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالأنثى فاعتبر
دفعاً والدفع لا يفتقر إلى القضاء ثم عندهما إذا بلغت الصغيرة وقد
علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وإن لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى
تعلم فتسكت شرط العلم بأصل النكاح لأنها لا تتمكن من التصرف إلا به
والولي ينفرد به فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار لأنها تتفرغ لمعرفة
أحكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لأن الأمة
لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت
ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت أو يجيء منه ما يعلم أنه رضا وكذلك
الجارية إذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتباراً لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح
وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد إلى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق
الثيب والغلام لأنه ما ثبت بإثبات الزوج بل لتوهم الخلل فإنما يبطل بالرضا
غير أن سكوت البكر رضى بخلاف خيار العتق لأنه ثبت بإثبات المولى وهو
الإعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس
بطلاق لأنه يصح من الأنثى ولا طلاق إليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف
خيار المخيرة لأن الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق فإن مات أحدهما
قبل البلوغ ورثه الآخر وكذا إذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لأن أصل
العقد صحيح والملك الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي
إذا مات أحد الزوجين قبل الإجازة لأن النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت
وههنا نافذ فيتقرر به قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لأنه لا ولاية
لهم على أنفسهم فأولى أن لا تثبت على غيرهم ولأن هذه ولاية نظرية ولا
نظر في التفويض إلى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل
الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان
أما الكافر فتثبت له ولاية الإنكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا

بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث
قال ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة معناه عند
عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد لا تثبت وهو القياس وهو رواية
عن ابي حنيفة وقول ابي يوسف في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد لهما
ما روينا ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والى
العصبات الصيانة ولابي حنيفة ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض
الى من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة
من جهة القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه آخر العصبات
واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عم السلطان ولي من
لا ولي له فاذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه
ان يزوجها وقال زفر لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت حقا له
صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية
للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى
من لا ينتفع برايه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا
مات الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد
القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما
عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل
في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية
لاقصاه وهو اختيار بعض المتاخرين وعليه الفتوى وقيل اذا كان بحال
يفوت الكفو باستطلاع رايه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته
حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن
هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة
الشفقة كاب الام مع بعض العصبات

فصل في الكفاءة

الكفاءة في النكاح
معتبرة قال عم الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء
ولان انتظام المصالح بين المتكافيين عادة لان الشريفة تابى ان تكون
مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا

فلا يغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المراة نفسها من غير كفو فللاولياء
ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه
يقع به التفاخر فقريش بعضهم اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عم قريش بعضهم
اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل
فيما بين قريش لما روينا وعن محمد الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة
كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب
لانهم كانوا معروفين بالخساسة واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا
فهو من الاكفاء لمن كان له آباء فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام
لا يكون كفوا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف
الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا
لمن كان له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة
في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل
فيعتبر في حكم الكفاءة قال وتعتبر ايضا في الدين اي في الديانة وهذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمراة تعير
بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد لا يعتبر لانه من امور الآخرة
فلا تبتنى عليه احكام الدنيا الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق
سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به وتعتبر في المال وهو ان يكون
مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما
او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وفي
النفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله
لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف انه اعتبر القدرة على النفقة دون
المهر لانه تجري المساهلة في المهر ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة
في الغنى فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفائقة في اليسار
لا يكافيها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى و
يتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف لا تعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح
وتعتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف ومحمد وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان
وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار

ان الناس يتفاخرون بشرف الحرفة ويتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر
ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها **قال**
واذا تزوجت المراة ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند
ابي حنيفة رح حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع
انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد
صح ذلك وهذا شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن
اسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولابي حنيفة ان الاولياء
يتفاخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها فاشبه الكفاءة بخلاف
الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به واذا زوج الاب بنته الصغيرة ونقص
من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امراته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك
لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا
بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية
مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل
ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غيرهما ولابي حنيفة
ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو
على المهر اما المالية فهي المقصودة في التصرف المالي والدليل عدمناه في
حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير
امة فهو جائز **قال** رض وهذا عند ابي حنيفة ايضا لان الاعراض عن الكفاءة
لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها

ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر
لا يجوز واذا اذنت المراة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد عليها بحضرة
شاهدين جاز وقال زفر والشافعي لا يجوز لهما ان الواحد لا يصلح ان
يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي يقول في الولي ضرورة لانه
لا يتولاه سواه ولا ضرورة في الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير
والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه
مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين
فلا يحتاج الى القبول **قال** وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف

فان اجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امراة بغير
رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا فان كل عقد صدر من الفضولي
وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي رح تصرفات الفضولي
كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو
ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في
انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا راى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم
العقد عن العقد فمن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر
فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا اني قد زوجتها منه فبلغها
الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت المراة هي التي قالت جميع ذلك
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف اذا زوجت نفسها
غائبا فبلغه فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين
او فضوليا من جانب اصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد
بين الفضوليين او بين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع هو يقول
لو كان مامورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع
والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر
حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء
المجلس كما في البيع بخلاف المامور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين
وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واخواته لانه تصرف
يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به ومن امر رجلا ان يزوجه امراة فزوجه
اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا
الى التنفيذ في احداهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية
فتعين التفريق ومن امره امير ان يزوجه امراة فزوجه امة لغيره جاز
عند ابي حنيفة رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا ان
يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء
قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان
اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل واحد لا يعجز عن التزوج
بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو

باب المهر

قال

قوله ولنا قوله عم ولا مهر اقل من عشرة انما ذكره بالواو لان هذا معطوف على ما قبله في الحديث وهو ما روى جابر رضي الله عنه ان النبي عم قال الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة دراهم وفي حديث عبد الله بن عمر رض ان النبي عم قال لا قطع في اقل من عشرة دراهم ولا مهر اقل من عشرة دراهم نهاية

ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع يجوز ان يكون مهرا لانه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله عم ولا مهر اقل من عشرة دراهم ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة ولو سمى اقل من عشرة دراهم فلها العشرة وقال زفر مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بانعدام التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند الثلثة وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتاكد البدل وبالموت ينتهي النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتاكد فيتقرر بجميع مواجبه فان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية والاقيسة متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود اليها سالما فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله تعالى وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وقال الشافعي لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب بالدخول له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر وانما يصير حقا لها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الآية ثم هذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة رض وابن عباس رض وقوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي

قالوا هذا في ديارهم فاما في ديارنا ...

قوله لقيامها مقام مهر المثل كان من حقه ان يقول لقيامها مقام نصف مهر المثل لان المراد التي لم يجب في صورة من الصور اذا طلقت المرأة قبل الدخول ولكن مراده الحاق المتعة بنفس مهر المثل في اعتبار حالها من غير نظر الى تمام مهر المثل المعتبر حالها فكذا فيما قام مقامه وذكر في شرح الطحاوي والمتعة ثلثة اثواب على اعتبار حالها فان كانت من السفلة فمن الكرباس وان كانت وسطا فمن القز وان كانت مرتفعة فمن الابريسم نهاية

الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا ينقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف وان زاد لها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول ابي يوسف اولا يتنصف مع الاصل لان التنصف عنده يختص بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وان حطت عنه من مهرها صح الحط لان المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطي ثم طلقها فلها كمال المهر وقال الشافعي لها نصف المهر لان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطي فلا يتاكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فتاكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله واذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة وقالا عليه

نصف المهر لانه اعجز من المرض بخلاف العنين لان الحكم ادير على سلامة الآلة ولابي حنيفة رح ان المستحق عليها التسليم في حق الشرع وقد اتت به

قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري في شرحه ان المانع ان كان شرعيا يجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا يجب لانعدام التمكن حقيقة

قال وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي تجب لكل مطلقة الا هذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر طريقه طريق المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا يجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان في الايحاش فلا يلحقه الغرامة فكان من باب الفضل

واذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه الزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جايزان وقال الشافعي رح بطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر او الخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق

وان تزوج حر امراة على خدمته سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته وان تزوج عبد امراة حرة باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان ما يصلح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لان بذلك يتحقق المعاوضة فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه لا

مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وامره وبخلاف رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد يجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رح يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال اذ لا تستحق فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومه بالعقد للضرورة فاذا لم يجب تسليمه في العقد لم يظهر تقومه فيبقى الحكم على الاصل وهو مهر المثل

فان تزوجها على الف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا او شيئا آخر في الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء وفي القياس يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر لانه سلم المهر له بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا ترى ان الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف وعندهما بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبض فوهبت له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر يرجع عليها بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا

المهر دينًا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل ولو تزوجها
على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد
وهٰهنا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير كان التسمية وقعت
عليه فان تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج
عليها اخرى فان وفى بالشرط فلها المسمى لانه صلح مهرًا وقد تم رضاها
به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمى ما لها فيه
نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة
والهدية مع الالف ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان
اخرجها فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر المثل لا يزاد
على الالفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة وقالا الشرطان
جميعًا جائزان حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها
وقال زفر الشرطان فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص عن الالف
ولا يزاد على الالفين واصل المسئلة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم
فلك درهم وان خطته غدًا فلك نصف درهم وسنبينها ان شاء الله تعالى
قال ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد احدهما اوكس والاخر ارفع
فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما
فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة وقالا
لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس
في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى
وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن وصار كالخلع والاعتاق
على مال ولابي حنيفة ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول
عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق
على مال لانه لا موجب له في البدل الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع
فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة
والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد
عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة واذا تزوجها على حيوان
غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء

ط انه فهو معلوم النوع مختلف الاوصاف وحكمه ان الزوج بالخيار ان شاء اعطى لها الوسط من ذلك وان شاء
اعطى قيمته وتجبر المرأة على القبول بخلاف مهر المثل لان النكاح يحتمل ضربًا من الجهالة فانه يجوز بمهر المثل مع جهالته فكل
جهالة هي نظير جهالة مهر المثل لا تمنع صحة التسمية وجهالة الوصف نظير ذلك فاما البيع فلا يحتمل اصلًا نهاية

شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رض معنى هذه المسئلة ان
يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان تزوجها على فرس او حمار واما اذا
لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال
الشافعي يجب مهر المثل في الوجهين جميعًا لان عنده ما لا يصلح ثمنًا في
البيع لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا انه معاوضة
مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية
والاقارير وشرطنا ان يكون المسمى مالًا وسطه معلوم رعاية للجانبين
وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والرديء والوسط ذو حظ منهما
بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع
لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما
يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلًا في حق الايفاء والعبد
اصل تسمية فيتخير بينهما وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر
المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس اذ
الثياب اجناس ولو سمى جنسًا بان قال هروي يصح التسمية ويخير الزوج
لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من
ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلًا او موزونًا وسمى جنسه دون صفته
وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منها تثبت دينًا في الذمة ثبوتًا
صحيحًا وان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها
لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف
البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى
ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل
فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة وقالا لها مثل وزنه خلًا وان
تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف يجب القيمة لابي يوسف انه اطمعها مالًا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته
او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم
وابو حنيفة رح يقول اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة
لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكأنه تزوج على خمر او حر ومحمد

يبطل الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار
اليه لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من
خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل المشار اليه وليس بتابع له و
التسمية ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف
الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد
العقد لاختلاف الجنس ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر
ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا الحر مع العبد جنس واحد لقلة
التفاوت في المنافع والخل مع الخمر جنسان لفحش التفاوت في المقاصد وان تزوجها
على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة
دراهم عند ابي حنيفة لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب
مهر المثل وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطمعها
سلامة العبدين وقد عجز عن تسليم احدهما فيجب قيمته وقال محمد وهو رواية
عن ابي حنيفة لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر
من قيمة العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما
عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل واذا فرق القاضي بين الزوجين في
النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد
لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان
الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا يقام مقام الوطي فان دخل بها فلها
مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر هو يعتبره بالبيع الفاسد
ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فان زادت على مهر
المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على
المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله
بقيمته وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط
وتحرزا عن اشتباه النسب وتعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من
آخر الوطئات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها
بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد
فيترتب على الثابت من وجه وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند

اي قبل التفريق من الوطء الاول لا من وقت العقد
وبعده من الوطء الاخير لا من وقت
التفريق

ط قوله ويصح ابراؤه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اي ابراء الاب المشتري وكذلك الوصي هذا اذا اجلا او ابرآ
ما هو واجب للصبي بعقدهما ولاية اذا لم يكن واجبا بعقدهما لا يجوز بالاجماع كذا في احكام الصغار للامام الاستروشني

عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداعي اليه والاقامة
باعتباره ف ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات اعمامها لقول
ابن مسعود رض لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب ولان الانسان من
جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها
وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا وان كانت الام من قوم ابيها بان
كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ق ويعتبر في مهر المثل
ان تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد و
العصر لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف
الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه يختلف بالبكارة
والثيوبة ق واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد
اضافه الى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبتها زوجها او وليها
اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كفل بامره
كما هو الرسم في الكفالة وكذا يصح هنا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة
بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر
في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى يرجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح
ابراؤه عند ابي حنيفة ومحمد رح ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان
يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه
عاقد الا ترى انه لا يملك القبض بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه ق
وللمرأة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها
ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع و
ليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى
يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق
الاستيفاء قبل الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها
حقها بالتاجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف فان دخل بها فكذلك الجواب
عند ابي حنيفة رح وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول
برضاها حتى لو كانت مكرهة او كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس
بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها وتبتني على هذا استحقاق النفقة

ولهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة لخطره والتأكد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى اخرى واخرى يدفع بجميعها واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغربة تؤذي وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة قال ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف القول قوله بعد الطلاق وقبله الا ان يأتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف ان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكرها والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه الموجب الاصلي في باب النكاح وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم فيه قيمة الصبغ ثم ذكر ها هنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو ووجه التوفيق ان وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو المذكور في الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل

هذا اذا علم ان الزوج مات اولا او علم انهما ماتا معا او لم يعلم ايهما مات اولا فحينئذ ياخذ ورثة المرأة جميع المهر من تركة الزوج لان المهر كان واجبا فلم ينتقض بسقوط شيء منه بموت المرأة اولا لا يسقط واما اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيب الزوج من ذلك فيسقط لانه ورثه بناء على نفسه فيسقط بقدر ما ملكه فعلم بهذا ان المستثنى منه المحذوف في قوله الا اذا علم انها ماتت اولا هو الصور الثلث التي ذكرتها ه نهاية

بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمسمائة تحالفا واذا حلفا يجب الف وخمسمائة وهذا تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان في الفصول الثلثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حيوتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة ولا يستثنى القليل وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة القول قول من انكره فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد ان شاء الله تعالى واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان يأخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الثاني اما الاول فلان المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امرأته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب قال الا في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون مهيأ للاكل لانه يتعارف هدية فاما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه

فصل واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قولهما في الحربيين واما في الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال لما تلونا واحل لكم ما وراء ذلكم

رجل زوج ابنته وجهزها فماتت البنت فزعم ابوها ان الجهاز المدفوع اليها كان عارية لم يهبه لها وانما اعارها فالقول قول الزوج وعلى الاب البينة لان الظاهر يكذبه وذكر في السير الكبير ان القول قول الاب لان الدفع حصل منه فيكون القول قوله في جهة الدفع

ان تبتغوا باموالكم وهذا الشرع وقع عاما فثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالزنا والربا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف وبالمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير شيء يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف فيه انما يستفاد بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانه من ذوات الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذا المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة وقالا يؤخذ منه اذا اعتق واصله ان الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرف وله ان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء ومسألة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبدا مأذونا له امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه اذا كان النكاح بمهر المثل

قوله ولو طلقها قبل الدخول بها ففي المعين لها نصف المعين عند ابي حنيفة رحمه الله وفي غير المعين في الخمر لها نصف القيمة وفي الخنزير لها المتعة وعند محمد رحمه الله لها بالاتفاق قبل الدخول نصف القيمة بكل حال وعند ابي يوسف لها المتعة بكل حال

وتفسير التبوئة ان يخلي المولى بينها وبين زوجها في منزله ولا يستخدمها
لقد شرط التبوئة في الامة لاستحقاق النفقة ولم يشترط في حق الحرة والمكاتبة
لان الحرة مهيأة للمقام لمصالح الزوج وليس لاحد بينهما من يستخدمها
للزوج بخلاف الامة

المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما نذكره والنكاح لا يلاقي
حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب
لا مرد له فتشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر
مثلها اسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج
ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق المولى
في الاستخدام باق والتبوئة ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة و
السكنى والا فلا لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها
له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح
قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى
مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رح لا اجبار في العبد
وهو رواية عن ابي حنيفة لان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت
ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها
فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي
هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة
لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما ومن زوج امته ثم قتلها
قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة وقالا عليه المهر لمولاها
اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا
قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت
الحرة والقتل في احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في
حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا
لزفر رح هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته والجامع بينهما ما بيناه
ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه
موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه يعتبر في حق احكام الدنيا حتى
يجب الكفارة عليه واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد رح الاذن اليها لان الوطي حقها حتى يثبت لها
ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف
الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان

هذه المسئلة تدل على جواز العزل خلافا لما قاله بعض الكتب وفي كراهية الفتاوى ان في عزل الولد التردد
بشعار ان يعزل عنها فان كان تحرزه لسوء الزمان فكذا العلاج في اسقاط الولد لا يأثم ما لم يتبين شيء
من خلقه فان ذلك لا يكون ولدا وخلقه انما يتبين في مائة وعشرين يوما

العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق
الحرة وان تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها
او عبدا لقوله عليه السلام لبريرة رضي الله عنها حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل
بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي يخالفنا فيما اذا
كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك
الزوج بعده ثلث تطليقات فتملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة وكذلك
المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت وقال زفر لا خيار لها لان
العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار بخلاف الامة
لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد وجدناه في المكاتبة
لان عدتها قرءان وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة بغير اذن مولاها
ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى
وقد زال فلا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق زيادة الملك كما اذا
زوجت نفسها بعد العتق وان كانت تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها
مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع
مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى اعتقها مولاها فالمهر لها لانه استوفى منافع
مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى
وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لم يجب مهر آخر بالوطي
في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب الا مهرا
واحدا ومن وطي امة ابنه فولدت منه فهي ام ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه
ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى
البقاء فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى ابقاء
نسله دونها الى ابقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير قيمة
ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او
حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه
فتبين ان الوطي يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي رح يجب
المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء
يعقبه والمسئلة معروفة ولو كان الابن زوجها اياه فولدت منه لم تصر

ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزويج عندنا خلافا للشافعي لخلوها عن ملك الاب الا ترى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها الملك للاب لو كان فدل على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكهما وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه فعتق عليه بالقرابة ولو واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر لا يفسد واصله ان العتق يقع عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره بالاعتاق عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قالت اعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره بان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقالا في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة وفي الوجه الثاني كما قال زفر له ان الخطابات عامة على ما مر من قبل فيلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها وكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود

مختلف فيها ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولابي حنيفة ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة وان تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بينهما بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التامل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتامل وخدمة الزوج تشغلها عنه ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذا لو اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر والشافعي يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح واذا اسلمت المراة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امراته وان ابى فرق بينهما وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امراته وان ابت فرق القاضي بينهما ولم يكن الفرقة طلاقا وقال ابو يوسف لا يكون طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متاكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متاكد فيتاجل الى انقضاء ثلث

حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب تبتنى عليه
الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح سببا فيعرض الاسلام لتحصل المصالح او المقاصد
بالاسلام او تثبت الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف ان الفرقة بسبب يشترك
فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع
عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في
التسريح كما في الجب والعنة اما المرأة فليست باهل للطلاق فلا ينوب القاضي
منابها عند ابائها ثم اذا فرق بينهما باباءها فلها المهر ان كان دخل بها لتاكده
بالدخول وان لم يكن دخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد
فاشبه الردة والمطاوعة واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر
او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلث حيض ثم
تبين من زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام
متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو
مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير
المدخول بها والشافعي يفصل كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة
حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما
وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح
النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى واذا خرج احد الزوجين الينا من دار
الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي لا تقع وان سبي احد الزوجين
وقعت البينونة وان سبيا معا لم تقع وقال الشافعي تقع فالحاصل ان السبب
هو التباين عندنا دون السبي وهو يعكسه له ان التباين اثره في انقطاع الولاية
وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن اما السبي فيقتضي
الصفاء للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن
ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح فشابه
المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك
بقاء وصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل
النكاح وفي المستأمن لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع واذا خرجت
المرأة الينا مهاجرة جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة وقالا

عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها
حكم الاسلام ولابي حنيفة انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهارا لخطره ولا خطر
لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية فان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع
حملها وعن ابي حنيفة انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في
الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في
حق المنع من النكاح احتياطا واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة
بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان كانت الردة من الزوج
فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف مر على اصله
في الاباء وابو حنيفة فرق ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية
للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك
بالمعروف فيجب التسريح على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا
تتوقف بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف
المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم
يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة من قبلها وان ارتدا معا ثم اسلما معا
فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر يبطل لان ردة احدهما منافية ففي ردتهما
ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة
رضوان الله عليهم بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو اسلم
احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الاخر على الردة لانه مناف
كابتدائها

باب القسم

واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل
بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او كانت احديهما بكرا والاخرى ثيبا
لقوله عليه السلام من كانت له امرأتان ومال الى احديهما في القسم جاء يوم القيمة و
شقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام كان يعدل في القسم بين نسائه وكان
يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة
ولا فصل فيما رويناه والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم
من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار في مقدار الدور الى
الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقه والتسوية المستحقة في البيتوتة
لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط فان كانت احديهما حرة والاخرى امة

فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي القرعة مستحقة لما روي ان النبي عم كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمراة عند مسافرة الزوج الا يرى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رض سالت رسول الله ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رض ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط

كتاب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عم لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ولنا قوله تع وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الاية وقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما بينا ثم مدة الرضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفة وقالا سنتان وهو قول الشافعي وقال زفر ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من زيادة على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تع وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناه ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال عم لا رضاع بعد الحولين وله هذه الاية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحدة منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لا بد من تغيير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغايره غذاء

الفطيم والحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عم لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشو وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشو بتغير الغذاء وهل يباح الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لانه جزء الادمي قال ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي رويناه الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع ويجوز تزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامراة ابنه وامراة ابيه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بيناه ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المراة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى ابائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقال عم لعائشة رض ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كان له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحدة لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا يتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعتها لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاعة واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر بمقابلة الغالب

كما في اليمين وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن
غالبا يتعلق به التحريم رضي الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها
لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم
يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة ان الطعام اصل واللبن تابع له في حق
المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو
الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل وان خلط بالدواء واللبن
غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على
الوصول واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان
غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط
لبن امرأتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف لان الكل صار شيئا
واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر تعلق
التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه
لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة في هذا روايتان واصل المسئلة في الايمان
واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه
سبب النشو فتثبت به شبهة البعضية واذا حلب لبن المرأة بعد موتها
فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي هو يقول الاصل في ثبوت
الحرمة انما هو المرأة ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها
ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك
في اللبن بمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في
حق الميتة دفنا وتيمما اما الجزئية في الوطي لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال
بالموت فافترقا واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد انه
تثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد في
الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء اما المحرم في الرضاع معنى النشو
ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا نزل للرجل
لبن فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتحقق
به النشو والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة واذا
شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الادمي و

والبهائم والحرمة باعتبارها واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت
الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت
رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان
الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت
لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط
حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت
الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت بان الصغيرة امرأته
وعن محمد انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان
على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة
فيه اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما ثبت ذلك باتفاق الحال
او لان فساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا ان نصف
المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه ابطال النكاح واذا كانت مسببة
يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح و
قصدت بالارضاع الافساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح ولكنها قصدت
دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الافساد لا تكون متعدية لانها مأمورة
بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية ايضا وهذا
منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا تقبل في الرضاع شهادة
النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك
يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق
من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه
ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح
وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان حرمة التناول
ينفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا

كتاب الطلاق باب طلاق السنة

الطلاق على ثلثة اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته
تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة
كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان هذا
افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة

كتاب الطلاق

وأقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة والحسن هو طلاق السنة وهو
ان يطلق المدخول بها ثلثا في ثلثة اطهار وقال مالك رح انه بدعة ولا يباح الا
واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد
اندفعت بالواحدة ولنا قوله عم في حديث ابن عمر رض ان من السنة ان تستقبل
الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة ولان الحكم يدار على دليل الحاجة
وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر فالحاجة كالمتكررة
نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى اخر الطهر احترازا عن تطويل
العدة والاظهر انه يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده
التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا
بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان
عاصيا وقال الشافعي رح كل طلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد
به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان
المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر
لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنياوية و
الاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلث وهي في المفرق على
الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل
عليها والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى
في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا
واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه اخطأ السنة لانه
لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات
انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة
في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير
المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة
وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة وهو الاقدام
على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض
زمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها
يطلقها في حالة الحيض والطهر خلافا لزفر رح هو يقيسها على المدخول بها ولنا

ط صورة المسئلة اذا قال لغير المدخول بها انت طالق ثلثا للسنة يقع في الحال الواحدة سواء كانت
حائضا او طاهرا عندنا ويتعلق الثانية بالتزوج ثانيا لان الثاني وهو المرتبة في حق غير
المدخول لا يتصور الا على هذا الوجه كذا في الجامع الكبير للشيخ الامام علاء الدين في باب الطلاق

ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده
منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر
فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى
فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تع
واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في
حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا
بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في
وسط فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة وعندهما يكمل
الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات ويجوز ان يطلقها
ولا يفصل بين وطيها وبين طلاقها بزمان وقال زفر يفصل بينهما بشهر
لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان ولنا
انه لا يتوهم الحبل فيها والكراهة في ذوات الحيض باعتباره لان عنده ذلك
يشتبه وجه العدة والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر لكن تكثر
من وجه آخر لانه يرغب في وطي غير معلق فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان
زمان الرغبة فصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي
الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطي لكونه غير
معلق او يرغب فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع ويطلقها ثلثا
للسنة يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد وزفر رح لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق
الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل
ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر
دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه
الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها
الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل واذا طلق الرجل امرأته
في حالة الحيض وقع الطلاق لان النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه فلا
ينعدم مشروعيته ويستحب له ان يراجعها لقوله عم لعمر مر ابنك فليراجعها
وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب

قول بعض المشايخ والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية
بالقدر الممكن برفع اثره وهي العدة ودفعا لضرر تطويل العدة فاذا
طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها قال رضي الله عنه
وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قال
ابو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة وما ذكر في الاصل قولهما و
وجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة و
الفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزى فتتكامل ووجه القول الآخر
ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيسن
تطليقها في الطهر الذي يليه ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد
دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة
وان نوى ان يقع الثلث الساعة او عند راس كل شهر واحدة فهي على ما نوى
سواء كانت في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر لا يصح نية الجمع لانه
بدعة وهو ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان
وقوعه بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظم عند نيته وان
كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى
وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء
على ما بينا وان نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف ما
اذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث حيث لا يصح نية الجملة فيه لان
نية الثلث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن
ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا يصح نية
الثلث

فصل

ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق
الصبي والمجنون والنائم لقوله عم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي و
المجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار
وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار
وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا
انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا
لحاجته اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما وهذا

وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل
وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي انه لا يقع وهو احد قولي
الشافعي لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار كزواله بالبنج
والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو
شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس
واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة
وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله وطلاق الامة ثنتان حرا
كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي
عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء
ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر
اكمل فكانت مالكيته ابلغ واكثر ولنا قوله عم طلاق الامة ثنتان وعدتها
حيضتان ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق اثر في تنصيف النعم الا
ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتين وتأويل ما روي ان الايقاع بالرجال
واذا تزوج العبد امرأة ثم طلقها وقع طلاقه عليها ولا يقع طلاق مولاه على
امرأته لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى

باب ايقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق
ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل
في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا وانه يعقب الرجعة بالنص وهو
قوله تع وبعولتهن احق بردهن ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال
وكذا اذا نوى الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد
عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين
فيما بينه وبين الله تع لان الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعن
ابي حنيفة انه يدين فيما بينه وبين الله لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت
مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا
فلم يكن صريحا ولا يقع به الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي
يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم
ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التفسير ولنا انه

نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق فلا يحتمل العدد لانه
ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمراة لا لطلاق هو تطليق والعدد
الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلثا كقولك اعطيته جزيلا
اي عطاء جزيلا واذا قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق
طلاقا فان لم يكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى
ثلثا فثلث ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر
النعت وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده وكادة
اولى واما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل
عدل اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق وعلى هذا لو قال انت طالق يقع
الطلاق به ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح
الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلث لان المصدر يحتمل العموم
والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى مع احتمال
الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر هو يقول ان الثنتين بعض الثلث
فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلث انما
صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المراة امة يصح نية الثنتين باعتبار معنى
الجنسية اما الثنتان في حق الحرة فعدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان
معنى التوحد يراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى
بمعزل منهما ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة
وبقولي الطلاق اخرى يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال
انت طالق وطالق فيقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها ولو اضاف
الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لانه اضيف الى محله
وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المراة او يقول رقبتك
طالق او عنقك طالق او روحك طالق او بدنك طالق او جسدك او فرجك
او وجهك لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما
قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام لعن
الله الفروج على السروج ويقال فلان راس القوم ويا وجه العرب ويهلك
روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس

النفس وهو ظاهر وكذلك ان طلق جزءا شائعا منها مثل ان يقول
نصفك او ثلثك طالق لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره
فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل
ضرورة ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر
والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما
انه جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا
للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء
الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في
سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الامر على القلب ولنا
انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها وهذا
لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد
ولهذا لا تصح اضافة النكاح اليه بخلاف الجزء الشائع لانه محل النكاح عندنا
حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق واختلفوا في الظهر والبطن
والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة
او ثلثها كانت طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر بعض
ما لا يتجزى كذكر كله وكذا الجواب في كل جزء سماه لما قلنا ولو قال لها
انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين
تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف يكون ثلث تطليقات ضرورة ولو
قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف
فيتكامل وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فتصير
ثلثا ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين
فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان
وهذا عند ابي حنيفة وقالا يقع في الاولى ثنتان وفي الثانية ثلث وقال زفر
في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية يقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل
تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط
وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل
كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة ان المراد به الاكثر

من الاقل والاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى سبعين او ما بين
ستين الى سبعين ويريدون ما ذكرناه وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة
كما ذكر والاصل في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى لا بد ان يكون موجودة ليترتب
عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل
البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر
ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم يكن له نية
فهي واحدة وقال زفر يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد
ولنا ان عمل الضرب اثره في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء
التطليقة لا يوجب تعددها وان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله
فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير المدخول بها
يقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين يقع
الثلث لان كلمة في تاتي بمعنى مع كما في قوله تع فادخلي في عبادي اي مع عبادي
ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني
ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر
ثلث لان قضيته ان يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا
الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام
فهي واحدة رجعية وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول قلنا لا بل
وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او في
مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذلك لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق
لا يتخصص بمكان دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا
قضاء لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر ولو قال انت طالق اذا دخلت
مكة لم تطلق حتى تدخلها لانه علقه بالدخول ولو قال في دخولك الدار يتعلق
بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فيحمل عليه عند تعذر الظرفية

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

ولو قال انت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع
الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو
نوى به اخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو
يحتمله مخالفا للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم فانه يؤخذ

باول الوقتين الذين تفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه
لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة ولو قال غدا كان اضافة
والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين
ولو قال انت طالق في غد وقال نويت اخر النهار دين في القضاء عند ابي
حنيفة وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد
فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية
وهذا لان حذف في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة انه نوى
حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين
الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين اخر النهار كان التعيين
القصدي اولى بالاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي
الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا
قال والله لاصومن عمري ونظير الاول والله لاصومن في عمري وعلى هذا الدهر
وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه اسنده
الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل
ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق
غيره من الازواج ولو كان تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده
الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي
انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شيء
لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال طلقتك وانا صبي او نائم او يصح
اخبارا على ما ذكرناه ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى لم اطلقك او
متى ما لم اطلقك وسكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق
وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من
ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تع ما دمت حيا اي وقت الحيوة ولو قال
انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن
الحيوة وهو شرط كما في قوله ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح
ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند
ابي حنيفة وقالا تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت قال الله تع اذا الشمس

كورت وقال قائلهم شعر وإذا تكون كريهة أدعى لها ● وإذا يحاس الحيس يدعى جندب
فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إذا شئت لا يخرج الأمر
من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت وعند أبي حنيفة إنه يستعمل للشرط
أيضا قال قائلهم شعر واستغن ما أغناك ربك بالغنى ● وإذا تصبك خصاصة فتجمل
فإن أريد به الشرط لم تطلق في الحال وإن أريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك
والاحتمال بخلاف مسئلة المشية لأنه على اعتبار أنه للوقت لا يخرج الأمر من يدها
وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال
وهذا الخلاف فيما إذا لم يكن له نية أما إذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى
الشرط يقع في آخر العمر لأن اللفظ يحتملهما ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك
أنت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه إذا قال ذلك موصولا به والقياس
أن يقع المضاف فيقعان إن كانت مدخولا بها وهو قول زفر لأنه وجد زمان
لم يطلقها فيه وإن قل وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها وجه
الاستحسان أن زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة حاله لأن البر هو
المقصود ولا يمكنه تحقيق البر إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى عنه وأصله من
حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته وأخواته على ما يأتيك
في الأيمان إن شاء الله تعالى ومن قال لامرأته يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا
طلقت لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه إذا قرن بفعل يمتد
كالصوم والأمر باليد لأنه يراد به المعيار وهو أليق به ويذكر ويراد به مطلق
الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل
عليه إذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو
قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه
والليل لا يتناول إلا السواد والنهار يتناول البياض خاصة هو اللغة

فصل ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقا ولو قال
أنا منك بائن أو عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله يقع
الطلاق في الوجه الأول أيضا إذا نوى لأن ملك النكاح مشترك بين الزوجين
حتى ملكت المطالبة كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما
والطلاق وضع لإزالتهما فيصح مضافا إليه كما يصح مضافا إليها كما في الإبانة

والتحريم ولنا أن الطلاق لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج ألا ترى
أنها هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر وعن الخروج ولو كان لإزالة الملك فهو عليها
لأنها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الإبانة لأنها لإزالة الوصلة
وهي مشتركة وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك فصحت إضافتهما إليهما
ولا يصح إضافة الطلاق إلا إليها ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء
قال رضي الله عنه كذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله آخرا وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف أولا تطلق واحدة
رجعية ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما إذا قال لامرأته أنت طالق واحدة
أو لا شيء ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل ففي محمد روايتان
له أنه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة أو بينها وبين النفي فيسقط اعتبار
الواحدة ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أو لا لأنه أدخل الشك
في أصل الإيقاع فلا يقع ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع
بذكر العدد ألا ترى أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلثا تطلق ثلثا
ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لأن الواقع في الحقيقة إنما
هو المنعوت المحذوف معناه أنت طالق تطليقة واحدة على ما مر وإذا كان
الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في الإيقاع فلا يقع شيء
ولو قال أنت طالق مع موتي أو مع موتك فليس بشيء لأنه أضاف الطلاق إلى
حالة منافية له لأن موته ينافي الأهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما وإذا
ملك الزوج امرأته أو شقصا منها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصا منه وقعت
الفرقة للمنافاة بين المالكين أما ملكها إياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية
وأما ملكه إياها فلأن ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين
فينتفي ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لأن الطلاق يستدعي قيام النكاح
ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا إذا ملكته أو شقصا منه
لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافات وعن محمد يقع الطلاق لأن العدة واجبة
بخلاف الفصل الأول لأنه لا عدة هناك حتى حل وطؤها له ولو قال لها وهي أمة
لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة
لأنه علق التطليق بالإعتاق أو العتق لأن اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون

معدوما على خطر الوجود فللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق
به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا
واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد
التطليق فيكون الطلاق متاخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة
غليظة بالثنتين فان قيل ان كلمة مع للقران قلنا قد تذكر للتاخر كما في قوله
تعالى ان مع العسر يسرا فتحمل عليه بدليل ما ذكرناه من معنى الشرط ولو قال اذا جاء غد
فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له
حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث
علقه بالشرط الذي علق به المولى وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط
والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون
التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة
الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به
المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان
تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق
المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها
بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال
لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق
لانه علته فيقترنان

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ومن قال لامراته انت
طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع
تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام
الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار
بثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار
بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة فلو نوى
الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة
بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه
خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا تقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي

فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة
والشدة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي
يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان
وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة
لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة
تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة
فتقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث
لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى تقع
تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا اذا قال
انت طالق افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة
في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوءه لما ذكرنا
وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السني فيكون
البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف في قوله انت طالق للبدعة انه لا
يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة الحيض
فلا بد من النية وعن محمد انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون
رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة
بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات
زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف يكون رجعيا
لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحيده ولو قال انت طالق اشد الطلاق
او كالف او ملاء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي الثلث اما الاول فلانه وصفه
بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي فيحتمله وانما
تصح نية الثلث لذكره المصدر واما الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة
وفي العدد اخرى يقال هو كالف رجل ويراد به القوة فتصح نية الامرين وعند فقدانها
يثبت اقلهما وعن محمد انه يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد
ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف واما الثالث فلان الشيء قد يملأ
البيت لعظمه في نفسه وقد يملأه لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام
النية يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا

قوله انت طالق واحدة قبل واحدة فهذه المسئلة واخواتها يبتني على اصلين احدهما ان الملفوظ اولا اذا وقع اولا تقع واحدة كما في هذه المسئلة فاما الملفوظ اولا اذا وقع آخرا تقع ثنتان كما في قوله انت طالق واحدة بعد واحدة لان الواحدة الملفوظة بعد الواحدة التي دفعت تقع ثنتان لا محالة والاصل الثاني ان الظرف اذا ذكر بين اسمين ان ذكر مع الضمير يكون صفة الثانية وان ذكر بدون الضمير يكون صفة الاولى كما في قبلها تقع ثنتان لان القبلية صفة الثانية لانه مع الضمير فلا يمكن القبلية تخرج على القران وباقي المسئلة تخرج على هذين الاصلين ٭ بدر خواهر زاده

اي شيء كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند ابي يوسف ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وبيانه في قوله مثل رأس الابرة مثل عظم رأس الابرة مثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن

فصل في الطلاق قبل الدخول

واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بينا فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فيقع الاولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة وكذا اذا قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال انت طالق ثنتين او ثلثا لما بينا وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اخرا كقوله جاءني زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فبينت بها فلا تقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لان

القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ايضا فيقترنان فتقعان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة تقع ثنتان لان البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه فتقترنان ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة تقع ثنتان لان كلمة مع للقران وعن ابي يوسف في قوله معها انه تقع واحدة لان الكناية تستدعي سبق المكني عنه لا محالة وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت الدار وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة وقالا يقع ثنتان وان قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثلث او اخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذا اللفظ فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاصح

وأما ضرب الثاني وهو الكنايات

لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل يحتمله وغيره فلا بد من التعيين او دلالته وهي على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود بالعدة فكان بمنزلته ويحتمل الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فلانها تحتمل ان يكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان يكون واحدة عنده او عند قومه ولما احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره يحتاج فيه الى النية فلا يقع الا واحدة لان قوله انت طالق

فيها مقتضى او مضمر ولو كان مظهرا لا يقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا كان اولى وفي قوله واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلث ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب قال وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال الا ان يكونا في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينويه قال رضي الله عنه سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا وشتيمة ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا وفي حال مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي اذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد والسب الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلث الاول مذهبنا وقال الشافعي يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط النية وينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا

الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد باب التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها والشرط تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق فانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما يصح نية الثلث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى ولا يصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه الظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم يكن حال مذاكرة الطلاق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع يمينه

باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار

قال واذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف والسلم لان المفسد هنالك الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذه اللفظة فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه بسبيل من ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام

وهو قول علي رضه وعلى قول عمر وابن مسعود رضه واحدة رجعية وعلى قول زيد رح اذا اختارت نفسها فثلث فكأنه حمل هذا على اتم ما يكون من الاختيار وعمر وابن مسعود رح حملاه على ادنى ما يكون منه وهو التطليقة الرجعية وكنا نأخذ في هذا بقول علي رض وكذا في المبسوط

نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها باين لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا يكون ثلثا وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة يتنوع ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسرة من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال اختاري نفسك فقالت اخترت يقع واحدة باينة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته وكذا اذا قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رض فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عم جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول ابي حنيفة ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى النية لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا لغى في حق الاصل لغى في حق البناء ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث في قولهم جميعا لانها للمرة فصار كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد يقع ثلث فمع التأكيد اولى ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد

فان قيل قوله امرك بيدك او اختاري يفيد البينونة فلا يجوز صرفها الى غيرها قلنا لما قرنه بالصريح علم انه اراد بها الرجعي كما لو قرن الصحيح بالباين فان قال انت طالق باين فانه يعتبر ان اراد به الباين قال قيل لو كان جعل لها الاختيار بتطليقة كان نحو صدا في التفويض بمنزلة قوله طلقي نفسك وقد ذكرنا ان قوله اخترت لا يصلح جوابا لقوله طلقي نفسك قلنا آخر كلامه لما كان تفسيرا للاول كان العامل هو المفسر والمفسر هو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا لذلك كذا ذكره الامام قاضي خان وفي الجامع الصغير

بعد انقضاء العدة فكأنها اخترت نفسها بعد العدة وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاخترت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة

فصل في الامر باليد

واذا قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة الاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة باينة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة وفي الثانية التطليقة الا انها تكون باينة لان التفويض في الباين ضرورة ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما يصح نية الثلث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل فان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد الآخر وقال زفر هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت والامر باليد يحتمله فيوقت الامر بالاول ويجعل الثاني امرا مبتدأ ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك فان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك في يومين وعن ابي حنيفة انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار احدهما وعن ابي يوسف ان قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم ولو قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم على بياض النهار

فان قيل لما كان فيه معنى التعليق ينبغي ان لا يعتبر مجلسها كما لا يعتبر مجلس الزوج وبالنظر الى معنى التمليك كان ينبغي ان لا يتوقت
قلنا التمليك قد يعتبر بتمليك المنافع كالاجارة والعارية لا بتمليك الاعيان كالبيع والهبة فان الاجارة والعارية قابلة للتوقيت وان
كانت تمليكا فكذا هنا ولما لم يكن في الامر باليد المطلق توقيت يراعى وجوده اعتبرنا جانب التمليك وقلنا بالاقتصار على مجلس العلم
واعتبرنا معنى التعليق وقلنا ببقاء الايجاب الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر الامكان

النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته واذا جعل امرها
بيدها او خيرها فمكثت يوما ولم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل آخر لان هذا
تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف براي نفسه وهي بهذه الصفة
والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك
وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى
التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه
بخلاف البيع لانه تمليك محض لا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس
تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ في عمل آخر على ما بيناه في الخيار ويخرج
الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف
ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تاخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر
فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير
به وقوله ما لم تاخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق
العمل ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود
اجمع للرأي وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت لان هذا انتقال
من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رضي الله عنه
هذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار
لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان اعراضا والاول هو الاصح
ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف ولو قالت ادعو
ابي استشيره او شهودا اشهدهم فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري
الصواب والاشهاد للتحرز عن الجحود فلا يكون دليل الاعراض وان كانت
تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها
لان سير الدابة ووقوفها مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها
غير مضاف الى راكبها الا ترى انه لا يقدر على ايقافها وراكب الدابة يقدر

فصل في المشية ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت
طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا وقد اراد الزوج
ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس
فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلث

الثلث وينصرف الى الواحدة عند عدمها فتكون الواحدة رجعية لان
المفوض اليها صريح الطلاق وهو رجعي ولو نوى الثنتين لا يصح لانه نية
العدد الا اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها وان قال لها طلقي نفسك
فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة
من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال لها ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت نفسي
فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا
انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل
كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي ان يقع تطليقة رجعية بخلاف
الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا يرى انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري
ينوي الطلاق لم يقع ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج قد اجزت
لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي
ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة انه لا يقع بقولها ابنت شيء لانها اتت بغير
ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان
يرجع عنه لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف
لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه
توكيل وانابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع وان قال لها طلقي نفسك
متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى عامة في الاوقات
فصار كما اذا قال في اي وقت شئت واذا قال لرجل طلق امرأتي فله ان يطلقها
في المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس
بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال
لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع
وقال زفر هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية كعدمه لانه يتصرف عن مشية
فصار كالوكيل بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية
والمالك هو الذي يتصرف عن مشية والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه
لا يحتمله وان قال لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة فهي واحدة لانها ملكت
ايقاع الثلث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة ولو قال لها طلقي نفسك واحدة
فطلقت نفسها ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة وقالا يقع واحدة لانها اتت

بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا ولابي حنيفة انها اتت بغير
ما فوض اليها فكانت مبتدئة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلث غير
واحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما
مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في
المسئلة الاولى لانها ملكت الثلث اما ههنا لم تملك الثلث وما اتت بما فوض اليها
فلغى وان امرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت
رجعية وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة
املك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لانها اتت بالاصل
وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني ان يقول
لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة
لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها
فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كانها اقتصرت
على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا وان قال لها طلقي نفسك
ثلثا ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلث وهي
بايقاع الواحدة ما شاءت الثلث فلم يوجد الشرط ولو قال لها طلقي نفسك واحدة
ان شئت فطلقت ثلثا فكذلك عند ابي حنيفة لان مشية الثلث ليست بمشية
الواحدة كايقاعها وقالا تقع واحدة لان مشية الثلث مشية الواحدة
كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط ولو قال لها انت طالق ان شئت
فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر لانه علق طلاقها
بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها
فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في
كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور
حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشية تنبئ عن الوجود
وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا لامر لم يجئ بعد لما ذكرنا ان
الآتي بمشية معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الامر وان قالت قد شئت ان كان كذا
لامر قد مضى طلقت لان التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت
طالق اذا شئت او اذا ما شئت ومتى شئت ومتى ما شئت فردت الامر لم يكن

وهذا لان الثلث غير الواحدة لتنافي حكما لثبوت الحرمة الغليظة بالثلث دون الواحدة

لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتى ما فلانهما للوقت وهي عامة
في الاوقات كلها كانه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس ولو ردت
لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشية
حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال
فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق واما كلمة اذا واذا ما
فهي ومتى سواء عندهما وعند ابي حنيفة ان كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت
لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل ولو قال لها انت طالق
كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلثا
لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم
حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك مستحدث
وليس لها ان تطلق نفسها ثلثا بكلمة واحدة لانها توجب عموم الانفراد
لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة وجمعا ولو قال لها انت طالق حيث
شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء وان قامت عن مجلسها فلا مشية لها
لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو
ويبقى ذكر مطلق المشية فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به
حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره خصوصا وعموما وان قال لها
انت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة ومعناه قبل المشية فان
قالت قد شئت واحدة بائنة او ثلثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال
لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيتها وارادته اما اذا ارادت ثلثا والزوج
واحدة بائنة او على القلب تقع واحدة رجعية لانه لغى تصرفها لعدم الموافقة
فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا جريا على
موجب التخيير رض قال الاصل هذا قول ابي حنيفة وعندهما لا يقع ما لم توقع
المرأة فتشاء رجعية او بائنة او ثلثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض
التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيتها ليكون
لها المشية في جميع الاحوال اعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة ان كلمة كيف
للاستيصاف يقال كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله
ووجود الطلاق بوقوعه ولو قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت فلها ان

تطلق نفسها ما شاءت لانها تستعملان للعدد فقد فوض اليها اي عدد
شاءت فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا امر واحد
وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال وان قال لها طلقي نفسك من ثلث
ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين ولا تطلق ثلثا عند ابي حنيفة
وقالا تطلق ثلثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل
للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي
من شئت ولابي حنيفة ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما
وفيما استشهدا به ترك التبعيض لدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة حتى
لو قال من شئت كان على الخلاف

باب الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق
الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق
او كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي لا يقع لقوله عم لا طلاق قبل
النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته
قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره
المنع وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل مأثور عن السلف
كالشعبي والزهري وغيرهما واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان
يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم
في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط فيصح يمينا او ايقاعا ولا تصح اضافة
الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون
ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين
والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال
لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان
الحالف ليس بمالك وما اضافه الى الملك او سببه ولا بد من واحد منهما والفاظ الشرط
ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما لان الشرط مشتق من العلامة وهذه
الالفاظ تليها افعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة ان حرف للشرط لانه
ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليس شرطا حقيقة لان
ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه
الحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل قوله كل عبد اشتريه فهو

فهو حر ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لانها غير
مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين
بدونه الا في كلما فانها تقتضي تعميم الافعال قال الله تع كلما نضجت جلودهم الاية
ومن ضرورة التعميم التكرار قال فان تزوجها بعد ذلك اي بعد زوج اخر وتكرر
الشرط لم يقع شيء لان باستيفاء الطلقات الثلث المملوكات في هذا النكاح
لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر وسنقرره من بعد ان شاء
الله تع ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث
بكل مرة وان كان بعد زوج اخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من
الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها
لانه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء باق لبقاء محله فبقي اليمين ثم ان وجد
الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل قابل
للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين لما قلنا وان وجد في غير الملك انحلت
اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية وان اختلفا في وجود
الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل
وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه
فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان
يقول ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق
فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما
في الدخول وجه الاستحسان انها امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها
فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضرتها
بل هي متهمة في ذلك فلا يقبل قولها في حقها وكذا لو قال ان كنت تحبيني ان يعذبك
الله في نار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت احبه او قال ان كنت
تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت احبك طلقت هي ولم يعتق العبد ولا تطلق
صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب
التخليص منه بالعذاب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة
ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهو عدم المحبة واذا قال لها اذا حضت فانت
طالق فرات الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلثة ايام لان ما ينقطع دونها

فايدة هذا النظير فيما اذا كانت المرأة غير المدخول بها فاخبرها انها مارأت دماً وتزوجت بزوج آخر واستمر بها الدم ثلثة ايام كان النكاح صحيحاً لانقطاع عصمة الزوج باقرارها انها رأت لا الى العدة

لايكون حيضاً فاذا تمت ثلثة ايام حكمنا بوقوع الطلاق حين حاضت
لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضاً من الابتداء ولو قال لها اذا حضت
حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكامل
منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر
واذا قال انت طالق اذا صمت يوماً طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي
تصوم لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال
اذا صمت لانه لم يقدر بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته
اذا ولدت غلاماً فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين
فولدت غلاماً وجارية ولا يدري ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة وفي
التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانها لو ولدت الغلام اولاً وقعت
واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع اخرى به لانه حال انقضاء
العدة ولو ولدت الجارية اولاً وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع
الغلام ثم لا تقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال انقضاء العدة فاذاً في حال تقع
واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاولى ان يأخذ
بالشك والاولى ان يأخذ بالثنتين تنزهاً واحتياطاً والعدة منقضية
بيقين لما بينا ولو قال لها ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلثاً ثم
طلقها فبانت وانقضت عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف
فهي طالق ثلثاً مع الواحدة الاولى وقال زفر لا يقع وهذه على وجوه اما
ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر او وجدا في غير الملك
فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع ايضاً لان الجزاء
لا ينزل في غير الملك او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسئلة
الكتاب خلافية له اعتبار الاول بالثاني اذ هما في حق الطلاق كشيء واحد
ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير
الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل
الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغنى
عن قيام الملك اذ بقاؤه بمحله وهو الذمة وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق
ثلثاً فطلقها ثنتين وتزوجت بزوج آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت

الدار طلقت ثلثاً عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هي طالق ما بقي من الطلاق
وهو قول زفر واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلث عندهما فتعود اليه
بالثلث وعند محمد وزفر لا يهدم فتعود اليه بما بقي وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى
وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلثاً ثم قال لها انت طالق ثلثاً فتزوجت
غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلث
لان الجزاء ثلث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فتبقى اليمين
ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث
واليمين تعقد للمنع والحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز الثلث
المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق لبقاء محله
ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثاً فجامعها فلما التقى الختانان
لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال
لامته اذا جامعتك فانت حرة وعن ابي يوسف انه اوجب المهر في الفصل الاول
ايضاً لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب الحد للاتحاد وجه الظاهر ان
الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه
وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس و
المقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطي لا يخلو عن احدهما ولو كان
الطلاق رجعياً يصير مراجعاً باللبث عند ابي يوسف خلافاً لمحمد لوجود المساس
ولو نزع ثم اولج يصير مراجعاً بالاجماع لوجود الجماع

فصل في الاستثناء

واذا قال
لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلاً لم يقع الطلاق لقوله عم من حلف بطلاق
او عتاق وقال ان شاء الله متصلاً به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون
تعليقاً من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداماً
من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلاً به بمنزلة سائر الشروط ولو سكت
يثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر الشرط بعده رجوعاً عن الاول
وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله لان بالاستثناء خرج الكلام من ان يكون
ايجاباً والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل
به الاستثناء واذا قال انت طالق ثلثاً الا واحدة طلقت ثنتين وان قال
الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا

ومرض الموت هو المرض الذي اضناه وعجز عن القيام بحوائجه فاما من يجيء ويذهب في حوائجه او يحم ولا يقدر على المشي الى الخلاء وان كان يتنفس لا يكون مرض الموت لان المعتبر خوف الهلاك منه غالبا لا كل عارض لان الانسان لا ينفك عنه محيط

اختلف العلماء في قوله لا يقوم بحوائجه قال شايخ بلخ اذا كان يقدر على القيام بحوائجه سواء كان في البيت او خارج البيت فانه لا يكون مريضا وقال مشايخ بخارى ان امكنه القيام بحوائجه في البيت لكنه لا يمكنه القيام بحوائجه خارج البيت يكون مريضا مرض الموت لانه ليس كل مريض يعجز عن القيام داخل البيت بل يقدر مبسوط

هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان
علي درهم وبين قوله لفلان علي عشرة دراهم الا تسعة فيصح استثناء البعض من
الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لانه
لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به وصارفا للفظ اليه وانما يصح اذا كان موصولا
به كما ذكرناه من قبل واذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان
وفي الثاني واحدة فتقع واحدة ولو قال الا ثلثا يقع الثلث لانه استثناء
الكل من الكل فلم يصح الاستثناء

باب طلاق المريض

واذا طلق الرجل
امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد
انقضاء العدة فلا ميراث لها وقال الشافعي لا ترث في الوجهين لان الزوجية
قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان
الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده
بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح
في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه بخلاف ما بعد
الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه عنها
فتبطل في حقه خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلثا بامرها او قال لها اختاري
فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت
بابطال حقها والتأخير لحقها ولو قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلثا ورثته
لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها ولو
قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها
بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد يجوز اقراره ووصيته وان طلقها ثلثا في مرضه بامرها ثم
اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا
الا على قول زفر فان لها جميع ما اوصى وما اقر لان الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع
من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسئلة الاولى انهما لما تصادقا على الطلاق
وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه فانعدمت التهمة الا ترى انه تقبل شهادته
لها ويجوز وضع الزكوة فيها بخلاف المسئلة الثانية لان العدة باقية وهي سبب
التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة

منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح فان تلاطمت الامواج وخيف الغرق فهو كالمريض في هذه الحالة والمرأة الحامل كالصحيح فاذا اخذها الطلق فهي كالمريضة والمقعد والمفلوج ما دام يزداد فانه فهو كالمريض فان صار قديما لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره لانه ما دام يزداد الغالب منه الموت فاذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه كان بمنزلة الصحيح

في المسئلة الاولى ولابي حنيفة في المسئلتين ان التهمة قائمة لان المرأة
قد تختار الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان
قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله
زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث
فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة
في حق هذه الاحكام ومن كان محصورا او في صف القتال فطلق امرأته
لم ترثه وان كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثت
ان مات في ذلك الوجه او قتل واصله ما بينا ان امرأة الفار ترث استحسانا
وانما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك
غالبا كما اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده
الاصحاء وقد يثبت بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب
منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب
منه السلامة لان الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار
والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا اخوات
تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بينهما
اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل واذا
قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان
الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض
لم ترث وان كان القول في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار وهذا على
وجوه اما ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت او بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل
المرأة وكل وجه على وجهين اما ان يكون التعليق في الصحة والشرط في المرض
او كلاهما في المرض اما الوجهان الاولان وهما اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان
قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار
او صلى فلان الظهر فان كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لان القصد
الى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله وان كان التعليق
في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط ينزل
عند الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق يصير

ع وهذا لانه صفة الفعل والمعلق بالشرط صار مرسلاً عند الشرط لا الفعل وقصده ولان التعليق في الصحة انقلب تطليقاً في المرض
والتعليق لم يكن ظلماً فلا ينقلب ظلماً لان المعتبر حالة التعليق الا يرى ان من علق وهو مفيق ثم وجد الشرط بعد ما جن تطلق وان
لم يكن المجنون من اهل التطليق علم ان المعتبر حالة التعليق ١٢

تطليقاً عند الشرط حكماً لا قصداً ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه
الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في
المرض او كانا في المرض والفعل مما له منه بد او مما لا بد له منه يصير فاراً لوجود
قصد الابطال اما بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له من فعل
الشرط بد فله من التعليق الف بد فيرد تصرفه دفعاً للضرر عنها واما الوجه
الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل
مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك وان كان الفعل
لا بد لها منه كاكل الطعام وصلوة الظهر وكلام الابوين فلها الميراث لانها
مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا او في العقبى
ولا رضا مع الاضطرار واما اذا كان التعليق في الصحة ان كان الفعل
مما لها منه بد فلا اشكال انها لا ترث وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب
عند محمد وهو قول زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله وعند
ابي حنيفة وابي يوسف ترث لان الزوج الجاها الى المباشرة فينتقل الفعل
اليه كانها آلة له كما في الاكراه قال واذا طلقها ثلثا وهو مريض ثم صح ثم مات
لم ترث وقال زفر ترث لانه قصد الفرار حين اوقع في المرض وقد مات
وهي في العدة ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لانه
ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق يتعلق بماله فلا يصير الزوج فاراً
ولو طلقها فارتدت ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم
ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة ابطلت
اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احداً ولا بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة
ما ابطلت الاهلية لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت
في حال قيام النكاح لانها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد
الطلقات الثلث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن
قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت وقال محمد لا ترث وان كان
القذف في المرض ورثته في قولهم جميعاً وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها
منه فانها ملجاة الى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه
وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وان كان الايلاء

ايضاً في المرض ورثت لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي
اربعة اشهر خال عن الوقاع فيكون ملحقاً بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا
وجهه قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه لما بينا انه
لا يزيل النكاح حتى يحل الوطي فكان السبب قائماً قال وكل ما ذكرناه انها ترث
اذا مات وهي في العدة وقد بيناه

باب الرجعة

اذا طلق الرجل امرأته تطليقة
رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض لقوله تعالى
فامسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لان الرجعة استدامة
الملك الا ترى انه سمى امساكاً وهو الابقاء وانما يتحقق الاستدامة في العدة لانه
لا ملك بعد انقضائها والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امرأتي وهذا
صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الائمة قال او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة
او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي لا تصح الرجعة الا بالقول
مع القدرة عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هو
استدامة على ما بيناه وستقرره ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة
كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به
خصوصاً في حق الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه قد يحل بدون النكاح كما
في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين
والزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها قال
ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين فان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي
في احد قوليه لا تصح وهو قول مالك لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب
ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست
شرطاً فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط
كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه الا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب
ويستحب ان يعلمها كيلا تقع في المعصية واذا انقضت العدة فقال قد كنت
راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك
انشاءه في الحال فكان متهماً الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند
ابي حنيفة وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح واذا
قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند

عند أبي حنيفة وقالا تصح الرجعة لأنها صادفت العدة إذ هي باقية ظاهراً إلى أن تخبر وقد سبقت الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولأبي حنيفة أنها صادفت حالة الانقضاء لأنها أمينة في الإخبار عن الانقضاء فإذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسألة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها عند أبي حنيفة وقالا القول قول المولى لأن بضعها مملوك له فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الإقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتني على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتني عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لأنها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في إبطاله بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة لأن الحيض لا مزيد لها على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة بخلاف ما إذا كانت كتابية لأنه لا يتوقع في حقها أمارة زائدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع إذا تيممت وصلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهذا استحسان وقال محمد إذا تيممت انقطعت وهذا قياس لأن التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الأحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما أنه ملوث غير مطهر وإنما اعتبر طهارة ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لا فيما قبلها من الأوقات والأحكام الثابتة أيضاً ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة وإذا اغتسلت و

ونسيت شيئاً من بدنها لم يصبه الماء فإن كان عضواً فما فوقه لم تنقطع الرجعة وإن كان أقل من عضو انقطعت قال رضي الله عنه وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لأنها غسلت الأكثر والقياس فيما دون العضو أن تبقى لأن حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو الفرق أن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه فقلنا إنه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج أخذاً بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لأنه لا يتسارع إليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن أبي يوسف أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك العضو الكامل وعنه وهو قول محمد هو بمنزلة ما دون العضو لأن في فرضيته اختلافاً بخلاف غيره من الأعضاء ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة لأن الحبل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام الولد للفراش وفي ذلك تبين الوطء منه وكذا إذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئاً وإذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع ألا ترى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان فلأن تثبت به الرجعة أولى وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبل الطلاق لأنها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة وإن خلا بها وأغلق باباً أو أرخى ستراً وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذباً شرعاً لأن تأكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الأول فإن راجعها معناه بعدما خلا بها وقال لم أجامعها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لأنه يثبت النسب منه إذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فأنزل واطئاً قبل الطلاق دون ما بعده لأن على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء والمسلم لا يفعل الحرام وإن قال لها إذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم أتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن آخر وهو أن يكون بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين إذا لم تقر بانقضاء العدة لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لأنها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعاً وإن قال كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت

وهو ان يحمل العلوق بوطء حادث في العدة فان قيل بعد كل ولد نفاس فالقول بالمراجعة بعده حمل فعلها على الحرام لان الوطء في النفاس حرام قلنا لا يلتفت الى هذا رعاية للنسب لان النسب مما يحتاط في اثباته والنفاس قد يوجد وقد لا يوجد وقد يقل وقد يكثر فلا يثبت بارتكاب الحرام ولو ولدت ثلثة اولاد في بطن واحد فالمسئلة بحالها فانها تطلق ثنتين وانقضت العدة بالولد الثالث لان علوق الكل دفعة واحدة فلا حاجة الى القول بالرجعة فاذا ولدت الاول وقعت واحدة ووجبت واذا ولدت الثاني وهي معتدة يقع آخر واذا ولدت الثالث تنقضي العدة بوضع الحمل لانه ولد في البطن والطلاق لا يقع مع انقضاء العدة

ثلثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بيناه انه يجعل بوطء حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يؤذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة لانه ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول عليها العدة وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر له ذلك لقيام النكاح ولهذا له ان يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولان تراخي عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان يشهد على رجعتها فتبطل العدة فيتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء وقال الشافعي يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم

فصل فيما تحل به المطلقة

واذا كان الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبلها ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فالمراد الطلقة الثالثة والثنتان في الامة كالثلث في حق الحرة لان الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح

الزوج مطلقا والزوجية المطلقة انما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت باشارة النص وهو ان يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ العقد استفيد باطلاق اسم الزوج او يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عم لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الآخر روي بروايات ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب رح وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زائد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل واحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان تتحرك آلته وتشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة الى الايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا ووطء المولى امته لا يحلها لان الغاية نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عم لعن الله المحلل والمحلل له وهذا هو محمله وان طلقها بعد ما وطئها حلت للاول لوجود الدخول في نكاح صحيح اذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن ابي يوسف انه يفسد النكاح لانه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الاول لفساده وعن محمد انه يصح النكاح لما بينا ولا يحلها للاول لانه استعجل ما اخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلاق كما يهدم الثلث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يهدم ما دون الثلث لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا انهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عم لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها ثلثا وقالت قد انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة لانه معاملة او امر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في ادنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة ان شاء الله

والإيلاء هو في اللغة اليمين وفي الشريعة عبارة عن الحلف على ترك وطء المنكوحة أربعة أشهر أو أكثر فركنه والله لا أقربك أو نحوه وشرطه كون اليمين معقودة على منع وطء المنكوحة وأهله من هو أهل للطلاق وحكمه المتعلق بالبر وقوع الطلاق عند مضي أربعة أشهر والحكم المتعلق بالحنث الكفارة إن كان يمينا بالله تعالى وإن كان يمينا بغيره فما جعله جزاء على [illegible] كذا

باب الإيلاء

إذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أربعة أشهر أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مولٍ لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمته الكفارة لأن الكفارة موجب الحنث وسقط الإيلاء لأن اليمين ترتفع بالحنث وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي تبين منه بتفريق القاضي لأنه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا أنه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وكفى بهم قدوة ولأنه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة فإن كان حلف على أربعة أشهر فقد سقط اليمين لأنها كانت مؤقتة به وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية لأنها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لأنه لا يوجد منع الحق بعد البينونة فإن عاد فتزوجها عاد الإيلاء فإن وطئها وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر أخرى لأن اليمين باقية لإطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوج فإن تزوجها ثالثا عاد الإيلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى إن لم يقربها لما بينا فإن تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسألة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لإطلاقها وعدم الحنث فإن وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رضي الله عنهما لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر ولأن الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لأنه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن موليا لأن الثاني إيجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الأولى بشهرين وبعد الثانية أربعة أشهر إلا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر هو يصرف الاستثناء إلى آخرها اعتبارا بالإجارة فتمت مدة المنع ولنا أن المولي من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه

ويمكنه ههنا لأن المستثنى يوم منكر بخلاف الإجارة لأن الصرف إلى الآخر لتصحيح الإجارة فإنها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار موليا لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته فيها لم يكن موليا لأنه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة ولو حلف بحج أو صوم أو صدقة أو عتق أو طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الأجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف أبي يوسف فإنه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاقها أو طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع وإن آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وإن آلى من البائنة لم يكن موليا لأن الزوجية قائمة في الأولى دون الثانية ومحل الإيلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الإيلاء سقط الإيلاء لفوات المحلية وإن قال لأجنبية والله لا أقربك أو أنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لأن الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وإن قربها كفر عن يمينه لتحقق الحنث إذ اليمين منعقدة في حقه ومدة إيلاء الأمة شهران لأن هذه مدة ضربت أجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة وإن كان المولي مريضا لا يقدر على الجماع أو كانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة لا تجامع أو كانت بينهما مسافة لا يقدر أن يصل إليها في مدة الإيلاء ففيئه أن يقول بلسانه فئت إليها في مدة الإيلاء فإن قال ذلك سقط الإيلاء وقال الشافعي لا فيء إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوي لأنه لو كان فيئا لكان حنثا ولنا أنه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان وإذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف وإذا قال لامرأته أنت علي حرام سئل عن نيته فإن قال أردت الكذب فهو كما قال لأنه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لأنه يمين ظاهرا وإن قال أردت الطلاق فهي تطليقة بائنة إلا أن ينوي الثلاث وقد ذكرناه في الكنايات وإن قال أردت الظهار فهو ظهار وهذا عند أبي حنيفة

وأبي يوسف حرمة وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو
الركن فيه ولهما أن الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد
وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئا فهو يمين يصير به موليا لأن الأصل
في تحريم الحلال إنما هو اليمين عندنا وسنذكره في الأيمان إن شاء الله تعالى
ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله أعلم

باب الخلع

وإذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس
بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تع فلا جناح عليهما فيما افتدت
به فإذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عم الخلع تطليقة
بائنة ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكناية بائن إلا أن
ذكر المال أغنى عن النية هنا ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك
بالبينونة فإن كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضا لقوله تع
وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج إلى أن قال فلا تأخذوا منه شيئا ولأنه أوحشها
بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال وإن كان النشوز منها كرهنا له أن
يأخذ أكثر مما أعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل أيضا لإطلاق
ما تلوناه بدءا ووجه الأخرى قوله عم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما
الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك
إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز حكما والإباحة
وقد ترك في حق الإباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي وإن طلقها على مال
فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لأن الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا
وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح
مما يجوز الاعتياض عنه وإن لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما
بينا ولأنه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي
الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال فإن بطل العوض في الخلع مثل أن
يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وإن بطل
العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول
وافتراقهما في الحكم لأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع وهو
كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وإنما لم يجب للزوج شيء لأنها

لأنها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولأنه لا وجه إلى إيجاب المسمى
للإسلام ولا إلى إيجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه فظهر
خمرا لأنها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر
حيث تجب قيمة العبد لأن ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا أما ملك
البضع في حال الخروج غير متقوم على ما نذكره وبخلاف النكاح لأن البضع في
حال الدخول متقوم والفقه فيه أنه شريف فلم يشرع تملكه إلا بعوض إظهارا لشرفه
أما الإسقاط فنفس شرف فلا حاجة إلى إيجاب المال قال وما جاز أن يكون مهرا
جاز أن يكون بدلا في الخلع لأن ما يصلح أن يكون عوضا للمتقوم أولى أن يصلح
عوضا لغير المتقوم فإن قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها فلم يكن في يدها
شيء فلا شيء له عليها لأنها لم تغره بتسمية المال وإن قالت خالعني على ما في يدي
من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لأنها لما سمت مالا لم يكن الزوج
راضيا بالزوال إلا بعوض ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا إلى قيمة
البضع أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج فتعين إيجاب ما قام به على
الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم أو من الدراهم
ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم لأنها سمت الجمع وأقله ثلاثة
وكلمة من هنا للصلة دون التبعيض لأن الكلام يختل بدونه وإن اختلعت
على عبد لها آبق على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه إن قدرت
وتسليم قيمته إن عجزت لأنه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط
البراءة عنه شرط فاسد فيبطل إلا أن الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة
وعلى هذا النكاح وإذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث
الألف لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلث الألف وهذا
لأن حرف الباء يصحب الأعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن
لوجوب المال وإن قالت طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها
عند أبي حنيفة ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الألف لأن كلمة
على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى إن قولهم احمل هذا الطعام بدرهم أو على درهم
سواء وله أن كلمة على للشرط قال الله تع يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا
ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخلي الدار كان شرطا وهذا لأنه للزوم

حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط لا
يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال
كان مبتدئا فوقع الطلاق ويملك الرجعة ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا
بالف او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لان الزوج ما رضي
بالبينونة الا ليسلم له الالف كلها بخلاف قولها طلقني ثلثا بالف لانها لما رضيت
بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى ولو قال انت طالق على الف فقبلت
طلقت وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف ولا بد من القبول في
الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك ومعنى قوله على الف يجب
لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل
وجوده والطلاق باين لما قلنا ولو قال لامراته انت طالق وعليك الف
فقبلت او قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل العبد عتق العبد وطلقت
المراة ولا شيء عليهما عند ابي حنيفة وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما
الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق لهما ان هذا الكلام
يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم
وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال ولا
دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة
لانهما لا يوجدان دونه ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار او على انك
بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمراة
فان ردت الخيار في الثلث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف وهذا عند
ابي حنيفة رح وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الف درهم
لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان
الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرط ولابي حنيفة
ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء
المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف
على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها
في الطلاق ومن قال لامراته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت
فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم

امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق
بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع
لا يتم الا بالقبول فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه قال
والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الاخر
مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة وقال محمد لا يسقط فيهما الا ما سمياه
وابو يوسف معه في الخلع ومع ابي حنيفة في المبارأة لمحمد ان هذه معاوضة
وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غيره ولابي يوسف ان المبارأة مفاعلة
من البراءة فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق فقيدناه بحقوق النكاح
لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح
فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل
ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما في النكاح
واحكامه وحقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لانه
لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف
النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من
الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط المهر
ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية والاول اصح لانه
تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بساير الشروط فان خلعها على الف
على انه ضامن فالخلع واقع والالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي
صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب
وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان
قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة
وان قبله الاب عنها ففيه روايتان وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن المهر
توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها
فعلى الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود
قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف واصله
في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس
عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به عادة حاصل

بما يلزم انما

باب الظهار

اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطيها ولا تقبيلها ولا مسها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطي اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطيها قبل ان يكفر استغفر الله عز وجل ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به فاذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التابيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام وكذلك ان قال راسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق ولو قال انت علي كامي او مثل امي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق باين لانه تشبيه بالام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف يكون

ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد ظهار لان كاف التشبيه يختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تاكيد له فان لم يكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما ولو قال انت علي حرام كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة وقالا هو على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولابي حنيفة انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه قال ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة وان تزوج امراة بغير اذنها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف عليه بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم فلم يتعدد بتعدد ذكر الاسم

فصل في الكفارة

قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا بالنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطي ليكون الوطي حلالا قال ويجزي في العتق الرقبة المؤمنة والكافرة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوقة المملوكة من كل وجه والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله تعالى كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق تمكنه من الطاعة

ثم مقاربته المعصية يجازيه الى سوء اختياره ولا تجزئ العمياء ولا المقطوعة
اليدين او الرجلين لان الفائت جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشي
وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء و
مقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت
بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس
منفعة المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو
رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل
المنفعة باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد
اصم وهو الاخرس لا يجزيه ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين لان قوة البطش
بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان
الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع والذي يجن
ويفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع ولا يجزئ عتق المدبر وام الولد
لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي ادى
بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي حنيفة انه يجزيه لقيام الرق
من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد والتدبير
لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا
للشافعي له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق
قائم من كل وجه لما بينا ولقوله عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة
لا تنافيه لانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه
ولو كان مانعا تنفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه يسلم له الاكساب
والاولاد لان العتق في حق المحل بجهة الكتابة او لان الفسخ ضروري فلا
يظهر في حق الولد والكسب وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة
جاز عنها وقال الشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسألة تأتي
في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر
وضمن باقيه لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه
بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق
معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض و

ولابي حنيفة ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله
يمنع الكفارة وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه
اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله
غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها بخلاف ما تقدم
لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة اما عندهما الاعتاق
لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين فان اعتق
نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة
لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص واعتاق
النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل
المسيس واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس
فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق اما التتابع
فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله
والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فان جامع
التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استأنف الصوم
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يستأنف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد
به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا اليه
تقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون
قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به
فيستأنف فان افطر يوما منها بعذر او بغير عذر استأنف لفوات التتابع
وهو قادر عليه عادة وان ظاهر العبد لم يجز في الكفارة الا الصوم لانه لا
ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه
ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع المظاهر الصيام
اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ويطعم
كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله عم
في حديث اوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر
ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله او
قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة فان اعطى منا من بر ومنوين من شعير

او شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وان امر غيره بان يطعم عنه من
ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه
فتحقق تملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم جاز قليلا اكلوا او كثيرا وقال
الشافعي لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع
للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه الاطعام وهو حقيقة في
التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكوة الايتاء
وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان فيمن عشاهم صبي
فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء
الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام وان اعطى مسكينا واحدا ستين
يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد
خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع
الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد
في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك
تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب
بالنص فان قربها التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف لانه تعالى
ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه
ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره
لا يعدم المشروعية في نفسه واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين
صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يجزيه
عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالمؤدى وفاء بهما
والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب وفرق في الدفع
ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية
والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع النقصان
دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع
لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر ومن وجبت عليه كفارتا ظهار فاعتق
رقبتين لا ينوي عن احديهما بعينها جاز عنهما وكذلك اذا صام اربعة اشهر
او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة

وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما
شاء وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز ذلك عن واحد منهما وقال زفر لا يجزيه
عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي له ان يجعل عن احدهما في الفصلين
لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر انه اعتق
عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعدما اعتق عنهما لخروج
الامر من يده ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو وفي
الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف
السبب نظير الاول اذا صام يومين في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن
قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر
فانه لا بد فيه من التمييز

باب اللعان

قال اذا قذف الرجل امراته بالزنا
وهما من اهل الشهادة والمراة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته
بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات
بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا
في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس
وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين
فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو
كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام
حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه
الشهادة ولا بد ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف
فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا
ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطي عن شبهة كما اذا نفى اجنبي
نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد
ملحق به ونفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ويشترط طلبها لانه
حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن
او يكذب نفسه فيحد لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس فيه حتى ياتي
بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب فلو لاعن وجب عليها اللعان
لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها

الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه
فتحبس فيه واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امرأته
فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت
بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واللعان خلف عنه وان كان هو من
اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد
قاذفها بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام
اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط
الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عم اربعة لا لعان بينهم وبين
ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت
المملوك ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته
اذ هو ليس من اهله قال وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد
اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به
من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به
يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد
بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها
ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يأتي
بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال وجه ما ذكر
في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع الاحتمال قال
فاذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وقال زفر تقع الفرقة بتلاعنهما
لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك
بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا
للظلم دل عليه قوله عم لذلك الملاعن ان امسكتها فهي طالق ثلثا بعد اللعان
وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فعل القاضي
انتسب اليه كما في العنين وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف
هو تحريم مؤبد لقوله عم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التأبيد ولهما ان
الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما
متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان ولو كان

القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وصورة اللعان ان يأمر
الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتك به من نفي الولد
وكذا في جانب المرأة ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين
ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه لما روي انه عم نفى ولد امرأة هلال
ابن امية عنه والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر
عليه مقصوده ويتضمنه القضاء بالتفريق وعن ابي يوسف ان القاضي
يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد
من ذكره فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب الحد
عليه وحل له ان يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع
حكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك ان قذف غيرها فحد لما بينا وكذا اذا زنت
فحدت لانتفاء اهلية اللعان من جانبها واذا قذف امرأته وهي صغيرة
او مجنونة فلا لعان بينهما لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج
لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة
وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف
الشافعي وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بالشبهات واذا قال
الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول ابي حنيفة وزفر لانه لا يتيقن بقيام
الحمل فلم يصر قاذفا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به
لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكره في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق
القذف قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فكأنه قال ان كان
بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وان قال لها زنيت وهذا الحمل
من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل
وقال الشافعي ينفيه لانه عم نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام
لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف
قيام الحبل بطريق الوحي واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي
تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن
ويثبت النسب وقال ابو يوسف ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح
في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه

إثر الولادة ذكره لأنه لا معنى للتقدير لأن الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة
فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة أو سكوته عند التهنئة أو ابتياع متاع
الولادة أو مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة
ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الأصلين وإذا ولدت ولدين في بطن
واحد فنفى الأول واعترف بالثاني ثبت نسبهما لأنهما توأمان خلقا من ماء
واحد وحد الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني وإن اعترف بالأول ونفى
الثاني ثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لأنه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه
والإقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هي
زانية وفي ذلك التلاعن كذا هنا

باب العنين وغيره

وإذا كان الزوج عنينا
أجله الحاكم سنة فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك هكذا
روي عن عمر وعلي وابن مسعود رض ولأن الحق ثابت لها في الوطء ويحتمل أن
يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة أصلية ولا بد من مدة معرفة لذلك
وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة فإذا مضت ولم يصل إليها
تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب التسريح بالإحسان
فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها لأن التفريق حقها
وتلك الفرقة تطليقة بائنة لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج فكأنه طلقها
بنفسه وقال الشافعي هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وإنما يقع
بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لأنه لو لم تكن بائنة
تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها إن كان قد خلا بها فإن خلوة
العنين صحيحة وتجب العدة لما بينا من قبل هذا إذا أقر الزوج أنه لم يصل إليها
ولو اختلف المرأة والزوج في الوصول إليها فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع
يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة والأصل هو السلامة في الجبلة ثم إن
حلف بطل حقها وإن نكل يؤجل سنة وإن كانت بكرا نظر إليها النساء
فإن قلن هي بكر أجل سنة لظهور كذبه فإن قلن هي ثيب يحلف الزوج فإن
حلف لا حق لها وإن نكل يؤجل سنة وإن كان مجبوبا فرق بينهما في الحال
إن طلبت لأنه لا فائدة في التأجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لأن وطيه
مرجو وإذا أجل العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر إليها النساء

فإن قلن هي بكر خيرت لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة
وإن قلن هي ثيب حلف الزوج فإن نكل خيرت لتأيدها بالنكول وإن حلف
لا تخير وإن كانت ثيبا في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فإن اختارت
زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل
تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بأيام الحيض وبشهر رمضان لوجود
ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه وإذا كان
بالزوج عيب فلا خيار للزوجة وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام
والبرص والجنون والرتق والقرن لأنها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا و
الطبع مؤيد بالشرع قال النبي عم فر من المجذوم فرارك من الأسد ولنا أن فوت
الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب أولى وهذا
لأن الاستيفاء من الثمرات والمستحق التمكين وهو حاصل وإذا كان بالزوج
جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لها
الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لأنه متمكن من دفع
الضرر بالطلاق ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج
وإنما يثبت في الجب والعنة لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه
العيوب غير مخلة به فافترقا

باب العدة

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا
بائنا أو رجعيا أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض
فعدتها ثلاثة أقراء لقوله تع والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلثة قروء و
الفرقة إذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لأن العدة وجبت للتعرف
عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها والأقراء
الحيض عندنا وقال الشافعي الأطهار واللفظ حقيقة فيهما إذ هو من الأضداد
كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض أولى إما عملا
بلفظ الجمع لأنه لو حمل على الأطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا أو لأنه معرف
لبراءة الرحم وهو المقصود أو لقوله عم وعدة الأمة حيضتان فتلتحق بيانا
به وإن كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تع واللائي يئسن
من المحيض الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية وإن كانت حاملا
فعدتها أن تضع حملها لقوله تع وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن

وان كانت امة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان
ولان الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين واليه اشار
عمر رضه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها
شهر ونصف لانه يتجزى فامكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة
اشهر وعشر لقوله تعالى ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا
وعدة الامة شهران وخمسة ايام لان الرق منصف وان كانت حاملا فعدتها
ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن
وقال عبد الله بن مسعود رضه من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى
نزلت بعد التي في سورة البقرة قال عمر رضه لو وضعت وزوجها على سريره
لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها
ابعد الاجلين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ثلث حيض ومعناه
اذا كان الطلاق باينا او ثلثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالاجماع
لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلث حيض
وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح بالوفاة الا انه بقي في حق الارث لا في
حق تغير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه ولهما انه لما بقي
في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته
حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع
لان النكاح ما اعتبر باقيا الى وقت الموت في حق الارث لان المسلمة
لا ترث من الكافر فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها
الى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه وان اعتقت وهي مبتوتة او متوفى
عنها زوجها لم تنتقل عدتها لزوال النكاح بالبينونة والموت وان كانت آيسة
فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستأنف
العدة بالحيض ومعناه اذا رأت الدم على العادة لان عودها يبطل الاياس
هو الصحيح فظهر انه لم يكن خلفا وهذا لان شرط الخلفية تحقق الاياس وذلك
باستدامة العجز الى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين
ثم ايست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا
فاسدا او الموطوءة بشبهة عدتها الحيض في الفرقة والموت لانها للتعرف

للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات
مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلث حيض وقال الشافعي رحه حيضة واحدة
لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش
فاشبه عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر رضه فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض ولو
كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح واذا مات الصغير عن امرأته
وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي لان الحمل ليس بثابت النسب منه
فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان
يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة
او طالت لا للتعرف عن براءة الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن
لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه بخلاف
الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه
كما وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها الحمل
بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما ولا يثبت
نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقام
مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة
التي وقع فيها الطلاق لان العدة مقدرة بثلث حيض كوامل فلا ينقص عنها
واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون
ما تراه المرأة محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية
فعليها تمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي لا يتداخلان لان المقصود
هو العبادة فانه عبادة كف عن التزوج والخروج فلا يتداخلان كالصومين
في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة
فيتداخلان ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها
الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه
من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء العدة في الطلاق
عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة
حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها لان سبب وجوب العدة

الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا
يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة و
العدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطي على ترك وطيها
وقال زفر من آخر الوطئات لان الوطي هو السبب الموجب ولنا ان كل
وطي وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطئة الواحدة لاستناد الكل
الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل المتاركة او العزم
لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام
حقيقة الوطي لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره واذا قالت
المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين
لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع واذا طلق الرجل
امراته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر
كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد
عليه نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس
فلا يوجب كمال المهر ولا استيناف العدة واكمال العدة الاولى انما وجب
بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني
ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها ولهما انها مقبوضة في يده حقيقة
بالوطئة الاولى وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك
القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي
في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة
عليها اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه
ما قلنا واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا
مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله قول ابي حنيفة وقالا عليها
وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم
محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة فيما اذا كان معتقدهم انه
لا عدة عليها واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت
العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الزوج وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى
ولا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي

والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للتمليك الا ان تكون حاملا لان في بطنها
ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة انه يجوز نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا
والاول اصح **فصل قال** وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة
مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عم لا يحل لامرأة تؤمن بالله و
اليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر و
عشرا واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي لا احداد عليها لانه وجب اظهارا
للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها الى مماته وقد اوحشها بالابانة فلا تأسف
بفوته ولنا ما روي انه عم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب
ولانه يجب اظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها و
كفاية مؤنتها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسله ميتا قبل
الابانة لا بعدها والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان يترك الطيب والزينة
والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا من
وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التأسف والثاني ان
هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا
تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صح ان النبي عم لم يأذن للمعتدة في
الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه
الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن
فخافت وجعا فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها لان الغالب كالواقع
وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به ولا تختضب بالحناء لما روينا
ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا زعفران لانه تفوح منه رائحة الطيب قال
ولا احداد على كافرة لانها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الخطاب
موضوع عنها وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله فيما ليس فيه ابطال
حق المولى بخلاف المنع من الخروج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته
قال وليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد احداد لانه ما فاتها
نعمة النكاح لتظهر التأسف والاباحة اصل ولا ينبغي ان تخطب المعتدة
ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة
النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا وقال عم

الى النكاح وقال ابن عباس التعريض ان يقول لها اني اريد ان اتزوج وعن
سعيد بن جبير رضه في القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان نجتمع ولا
يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى
عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها اما المطلقة
فلقوله تع ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة
قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لاقامة الحد واما المتوفى
عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فتحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد
الى ان يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها
حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت
حقها فلا يبطل به حق الشرع عليها وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي
يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تع ولا تخرجوهن من بيوتهن
والبيت المضاف اليها هو الذي تسكنه ولهذا لو زارت اهلها وطلقها زوجها
كان عليها ان تعود الى منزلها فتعتد فيه وقال عم للتي قتل زوجها اسكني
في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها
فاخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لان هذا انتقال بعذر والعبادات
تؤثر فيها الاعذار فصار كما اذا خافت على متاعها او خافت سقوط
المنزل او كانت فيه باجر ولا تجد ما تؤديه ثم ان وقعت الفرقة بطلاق باين
او ثلث لا بد من سترة بينهما ثم لا باس لانه معترف بالحرمة الا ان يكون
فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه
والاولى ان يخرج هو ويتركها وان جعلا بينهما امراة ثقة تقدر على الحيلولة
فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى خروجه بح واذا خرجت
المراة مع زوجها الى مكة وطلقها ثلثا او مات عنها وان كان بينها وبين
مصرها اقل من ثلثة ايام رجعت الى مصرها لانه ليس بابتداء الخروج معنى
بل هو بناء وان كانت ثلثة ايام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت كان
معها ولي او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلثة ايام ايضا لان المكث في ذلك
المكان اخوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج
الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان

ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رح ان كان معها محرم
فلا باس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لها ان نفس الخروج مباح دفعا
لاذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر وانما الحرمة للسفر وقد ارتفعت
بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج من عدم المحرم فان للمراة ان تخرج
الى ما دون السفر بغير المحرم وليس لها ذلك في العدة اولى باب ثبوت النسب ومن قال
ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها
فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر
من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق
قبله في حال النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق
الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه
جعل واطيا حكما فتاكد المهر به ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به
لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة
لجواز انها تكون ممتدة الطهر وان جاءت به لاقل من سنتين بانت من زوجها
لانقضاء العدة ويثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة ولا
يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا
بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق
والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطي مراجعا والمبتوتة
يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد
قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب
احتياطا وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت النسب لان الحمل
حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطيها حرام الا ان يدعيه لانه التزمه
وله وجه بان وطيها بشبهة في العدة وان كانت المبتوتة صغيرة يجامع
مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم تلزمه حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين لانها
معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة
ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي الاشهر فبمضيها يحكم الشرع
بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله

وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى
سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطيا في آخر العدة وهي ثلثة اشهر
ثم تاتي به لاكثر مدة الحمل وهي سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في
العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لان باقرارها يحكم ببلوغها ويثبت
نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر اذا
جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع
حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء
كما بينا في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع
الحمل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحمل لانها ليست بمحل قبل البلوغ
وفيه شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من
ستة اشهر يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فبطل الاقرار وان جاءت به لستة
اشهر لم يثبت لانا لا نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ
باطلاقه يتناول كل معتدة واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة
الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر
او اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بغير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد
يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة لان الفراش قائم بقيام العدة وهو
ملزم للنسب والحاجة الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام
النكاح ولابي حنيفة ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس
بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان
ظهر الحبل او صدر الاعتراف لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت
بشهادتها وان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد
على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص
حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا
كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة
وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما
يثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من
ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا
يكون منه وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج
او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة
واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش
القائم واللعان انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح
بدونه فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت
هي منذ ستة اشهر فالقول قولها لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا
من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف وان قال
لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة
وقالا تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال عم شهادة النساء جائزة فيما لا
يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت على الولادة تقبل فيما يبتني عليها
وهو الطلاق ولابي حنيفة انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان
شهادتهن ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان
الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة رح وعندهما
يشترط شهادة القابلة لانه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على
ما بينا وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها
مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة فصل واكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة
الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل واقله ستة اشهر لقوله تعالى
وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر والشافعي
يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ
العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل
من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة
فان العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث
الى اقرب وقته فلا بد من دعوة وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا او خلعا او
رجعيا اما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت
حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء ومن قال لامته
ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهي ام ولده لان
الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع ومن قال

الغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام فقالت انا امرأته فهي امرأته وهو ابنه
يرثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث
لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن
شبهة وبالملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسألة فيما
اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين
لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم انها حرة فقالت الورثة انت ام ولده
فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق
الارث

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق
بالولد لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء
وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني فقال عليه السلام
انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر على الحضانة فكان الدفع
اليها انظر واليه اشار الصديق بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك
يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون
متوافرون والنفقة على الاب على ما نذكره ولا تجبر الام عليه لانها عست
تعجز عن الحضانة فان لم تكن له ام فام الام اولى من ام الاب وان بعدت لان هذه الولاية
تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات
ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للولد فان لم تكن جدة
فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن
في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة
وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب
وام لانها اشفق ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام
ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلت الاخوات
معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت
من هؤلاء يسقط حقها لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا
وينظر اليه شزرا فلا نظر الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام
ابيه فينظر اليه وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا
الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية

لان المانع قد زال فان لم تكن للصبي امرأة من اهله فاختصم فيه
الرجال فاولاهم به اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب
في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة و
ابن العم تحرزا عن الفتنة والام والجدة احق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب
وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل
وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة
على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التأدب والتخلق بآداب الرجال
واخلاقهم والاب اقدر على التأديب والتثقيف والخصاف رحمه الله قدر الاستغناء
بسبع سنين اعتبارا للغالب والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد
الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر وبعد البلوغ
تحتاج الى التحصين والحفظ والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد رح انها تدفع
الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام
والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير حتى تستغني
لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤجرها للخدمة فلا يحصل المقصود
بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا والامة اذا اعتقها مولاها وام
الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس
لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية
احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل
ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي لهما
الخيار لان النبي عم خير ولنا انه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته
بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة رض لم يخيروا واما
الحديث فقلنا قد قال عم اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر بدعائه عم او يحمل
على ما اذا كان بالغا

فصل في خروج المطلقة

واذا ارادت المطلقة ان تخرج
بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى
وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال
عليه السلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا واذا ارادت
الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه

ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك
لان العقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه
ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد وجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس
التزاما للمكث فيه عرفا وهذا اصح والحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن
ووجود النكاح وهذا كله اذا كان بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث
يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت في بيته فلا باس به وكذا الجواب في القريتين
ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر لا باس به لان فيه نظرا للصغير حيث يتخلق
باخلاق اهل المصر وليس فيه ضرر بالاب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه
باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك

باب النفقة

النفقة واجبة للزوجة على
زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها
وسكناها والاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود
له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عم في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن
وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا بحق
مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه
الدلائل لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما
جميعا قال رض وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انهما ان كانا
موسرين تجب نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت
معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات
وقال الكرخي رح يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي رح لقوله تعالى لينفق ذو سعة
من سعته وجه الاول قوله عم لهند امراة ابي سفيان خذي من مال زوجك
ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق
الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة ونحن نقول
بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف
الوسط وهو الواجب وبه تبين انه لا معنى للتقدير كما ذهب اليه الشافعي رح انه
على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف لان ما وجب كفاية
لا يتقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها
النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فائتا فان

نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها
واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين
في بيت الزوج لان الاحتباس قايم والزوج يقدر على الوطي كرها وان
كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها
والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد
بخلاف المريضة على ما نبين وقال الشافعي رح لها النفقة لانها عوض عن
الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع
العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة وان كان الزوج
صغيرا لا يقدر على الوطي وهي كبيرة فلها النفقة من ماله لان التسليم
تحقق منها وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين واذا حبست المراة
في دين فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم تكن منها
بان كانت عاجزة فليس منه وكذا اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن
ابي يوسف ان لها النفقة والفتوى على الاول لان فوت الاحتباس ليس منه
ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس منها وعن
ابي يوسف ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر
دون السفر لانها هي المستحقة عليه وان سافر معها الزوج تجب النفقة
بالاجماع لان الاحتباس قايم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر
ولا يجب الكراء لما قلنا وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس
ان لا نفقة لها اذا كان مرضا يمنع الجماع لفوات الاحتباس للاستمتاع
وجه الاستحسان ان الاحتباس قايم فانه يستانس بها ويمسها وتحفظ البيت
والمانع بعارض فاشبه الحيض وعن ابي يوسف انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت
تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم لم يصح
قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه قال ويفرض على الزوج النفقة
اذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر
في بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه
ان كفايتها واجبة عليه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا يفرض لاكثر
من خادم واحد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف تفرض لنفقة

الخادمين لانها تحتاج الى احديهما لمصالح الداخل والى الاخر لمصالح الخارج
ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى كفايتها
بنفسه كان كافيا فكذا اذا اقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج
الموسر تلزمه نفقة الخادم كما يلزم المعسر نفقة امرأته وهو ادنى الكفاية
وقوله في الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب عليه نفقة الخادم عند
اعساره وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الاصح خلافا لما قاله محمد
لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة نفسها ومن اعسر
بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي يفرق
لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب
والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها
يتأخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض
القاضي فتستوفى في الثاني من الزمان وفوت المال وهو تابع في النكاح
لا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض
ان يمكنها احالة الغريم على الزوج فاما اذا كانت الاستدانة بغير امر
القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة
الاعسار ثم ايسر فخاصمته الى القاضي تمم لها نفقة الموسر لان النفقة
تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فاذا
تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها
وطالبته بذلك فلا شي عليه الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت
الزوج على مقدار فيها فيقضى لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست
بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء
كالهبة لا توجب الملك الا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لان
ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي بخلاف المهر لانه عوض وان مات الزوج
بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت
الزوجة لان النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت
قبل القبض وقال الشافعي تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت
لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه وان اسلفها

اسقطها نفقة السنة اي عجلها ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج
وهو قول الشافعي وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استعجلت عوضا عما تستحقه
عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي
وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات
بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد
شيء منها بالاجماع وعن محمد رح انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا تسترجع
منها لانه يسير فصار في حكم الحال واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه
يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن مولاه لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه
وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله
ان يفدي لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات العبد سقطت وكذا
اذا قتل في الصحيح لانه صلة وان تزوج الحر امة فبوأها مولاها معه منزلا
فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس
والتبوئة ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة
سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح
ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها لا يسقط النفقة لانه لم يستخدمها
ليكون استردادا والمكاتبة وام الولد في هذا كالامة

فصل

وعلى الزوج ان
يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى
من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد اوجبها مقرونا بالنفقة واذا وجب
حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه لانها تتضرر به لانها لا تأمن على متاعها
ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع الا ان تختار لانها رضيت
بانتقاص حقها وان كان له ولد من غيرها ليس له ان يسكنه معها لما بينا
ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل
وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها من الدخول عليها
لان المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها
في اي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم
من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في اللباث وتطويل الكلام

فقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل
جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح واذا غاب
الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال
نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي بذلك
ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ لها
لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه واقرار صاحب اليد
مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة
المرأة فيه لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المرأة بخصم
في اثبات حقوق الغائب واذا ثبت في حقه تعدى الى الغائب وكذا اذا كان
المال في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس
حقها دراهم او دنانير او طعاما او كسوة من جنس حقها اما اذا كان من
خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع ولا يباع مال الغائب
بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رح فلانه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب
واما عندهما فان كان يقضي على الحاضر لانه يعرف امتناعه لا يقضي على الغائب
لانه لا يعرف امتناعه قال ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب لانها ربما
استوفت النفقة او طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا
وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له
وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة لان هناك المكفول له
مجهول وههنا معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما اعطاها النفقة نظرا
للغائب قال ولا يقضي بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء ووجه الفرق ان نفقة
هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم ان يأخذوا فكان قضاء
القاضي اعانة لهم اما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء ولان المسئلة
مجتهد فيها والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا
به فاقامت البينة على الزوجية او لم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي
نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضي القاضي بذلك لان في ذلك
قضاء على الغائب وقال زفر رح يقضي لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب
فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد

صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل
او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة
الناس فانه مجتهد فيه وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها

فصل واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان
او بائنا وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان
النكاح بعده قائم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطء واما البائن فوجه قوله
ما روي عن فاطمة بنت قيس انها قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي النبي
عليه السلام سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى
عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو
قوله تع وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الآية ولنا ان النفقة جزاء
الاحتباس على ما ذكرناه والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد
اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع
وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة رده عمر رض فانه قال لا ندع
كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري صدقت ام كذبت حفظت
ام نسيت سمعت النبي عم يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت
في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر وعائشة رض
ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق
الشرع فان التربص عبادة منها الا يرى ان معنى التعرف عن براءة الرحم
ليس بمراعى فيه حتى لا تشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة
تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة وكل
فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة
لها لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف
المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطء وبخلاف ما اذا جاءت
الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم
الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست
نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت
نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد

٩ بان اسلم الابن والاب كافر او اسلمت ام الصغير والاب كافر او ارتد الصغير والعياذ بالله والاب مسلم لما ان اسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح ثم الوالد اذا لم يكن له مال قال لي ان يكتسب وينفق على اولاده يجبر على ذلك ويحبس بخلاف سائر الديون فان كان الاب عاجزا عن الكسب بان كان زمنا او كان ممنوعا يتكفف الناس وينفق عليهم كذا ذكره في نفقات الخصاف رحمه الله ومن المشايخ من قال نفقة الاولاد في هذه الصورة في بيت المال لانه اذا كان بهذه الصفة يكون نفقته في بيت المال فكذا نفقة اولاده

الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلاق الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق **فصل** ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن الاية والمولود له الاب وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة ولانها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تاويل قوله تعالى ولا تضار والدة بولدها بالزامها الارضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان توجد من ترضعه اما اذا كان لا توجد من ترضعه تجبر الام على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع **قال** ويستاجر الاب من ترضعه عندها اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها وان استاجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا في المبتوتة في رواية وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاولى ان الزوجية باقية في حق بعض الاحكام ولو استاجرها وهي منكوحة او معتدة لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان انقضت عدتها فاستاجرها يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية وصارت كالاجنبية وان قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجرة الاجنبية او رضيت بغير اجرة كانت هي احق لانها اشفق فكان نظرا للصبي في الدفع اليها وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه لها اكثر من اجرة الاجنبية ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح

صح العقد بين المسلم والكافرة فيترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان يكون نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا **فصل** وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الاباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدم الاب ولانهم تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا **قال** ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستامنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين **قال** ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين اكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص ولا تاويل لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك

وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة
والصغر والانوثة والعمى والزمانة امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على
الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مامور بدفع
الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب قال ويجب ذلك على مقدار
الميراث ويجبر عليه لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان
الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن
الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما
على هذا المقدار قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن وفي ظاهر
الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فصار كالولد الصغير
ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى
وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه
فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير
على الام والجد اثلاثا ونفقة المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا
على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث في الجملة لا احرازه فان المعسر
اذا كان له خال وابن عم يكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه قال ولا تجب
نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث فلا بد من اعتباره قال ولا تجب
على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة
الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المصالح لا تنتظم
دونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف
وعن محمد انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل على ذلك
من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب
وانه للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة قال واذا
كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه قال واذا باع ابوه
متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة رح وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز
وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا
لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملكه الام في
النفقة ولابي حنيفة ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك

ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار
لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة
الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة
فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم
له ان ياخذ منه بنفقته لانه جنس حقه قال وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه
وانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء
على ما مر وقد اخذا جنس الحق قال وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن
القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير
بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على
القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا فيه قال واذا قضى القاضي للولد
والوالدين وذوي الارحام بالنفقة ومضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء
تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف
نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول
الاستغناء فيما مضى قال الا ان ياذن القاضي في الاستدانة عليه لان القاضي
له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا تسقط بمضي
المدة **فصل** قال وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته لقوله عليه السلام في المماليك انهم
اخوانكم جعلهم الله تعالى تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون
ولا تعذبوا عباد الله قال وان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا
للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك قال وان لم يكن لهما كسب بان
كان عبدا زمنا او جارية لا يؤجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل
الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما وابقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة
الزوجة لانها تصير دينا فكان تاخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير
دينا فكان تاخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا يصير دينا فيكون ابطالا
وبخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا
انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى
عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف انه يجبر والاصح ما قلنا والله اعلم

كتاب العتاق

الاعتاق تصرف مندوب اليه قال عليه السلام ايما مسلم اعتق مؤمنا

اعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا ان يعتق الرجل
العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال العتق يصح
من الحر العاقل البالغ في ملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك ولا ملك
للمملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي
عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت
وانا صبي فالقول قوله وكذا اذا قال المعتق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان
ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك املكه فهو حر
اذا احتلمت لا يصح لانه ليس باهل لقول ملزم ولا بد ان يكون العبد في ملكه حتى
لو اعتق عبد غيره لا ينفذ لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم واذا قال لعبده
او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او حررتك او اعتقتك فقد عتق
نوى به العتق او لم ينو لان هذه الالفاظ صريح فيه لانها مستعملة فيه شرعا
وعرفا فاغنى ذلك عن النية والوضع وان كان في الاخبار فقد جعل انشاء
في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به
الاخبار الباطل او انه حر من العمل صدق ديانة لانه يحتمله ولا يدين قضاء لانه
خلاف الظاهر ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لانه نداء بما هو صريح فيه وهو لاستحضار
المنادى بالوصف المذكور وهذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه وانه يثبت
من جهته فيقتضي بثبوته تصديقا له وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى الا اذا سماه
حرا ثم ناداه يا حر لان مراده الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية
يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا
عن الوصف وكذا لو قال راسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك
حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق وان اضافه
الى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسنبين الاختلاف فيه وان اضافه الى جزء معين
لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي رح والكلام فيه
كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وان لم
ينو لا يعتق لانه يحتمل انه اراد لا ملك لي عليك لاني بعتك ويحتمل لاني اعتقتك فلا
يتعين احدهما مرادا الا بالنية وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت
من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل

السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع والكتابة كما يحتمل بالعتق
فلا بد من النية وكذا قوله لامته قد اطلقتك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك هو المروي
عن ابي يوسف بخلاف قوله طلقتك على ما نبين من بعد ولو قال لا سلطان لي عليك
ونوى به العتق لم يعتق لان السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام
يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان نفيه
مطلقا بانتفاء الملك لان للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال
هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسألة اذا كان يولد مثله لمثله فان كان
لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم ان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان
ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق
لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه
للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله بحقيقته ووجه المجاز
نذكره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق اما الاول فلان اسم
المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والاعلى والاسفل
في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له وهذا لان المولى لا يستنصر
بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الاول والثاني والثالث نوع مجاز
والكلام لحقيقته والاضافة الى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الاسفل
فالتحق بالصريح وكذا لو قال لامته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به
المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء
لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل مرادا التحق بالصريح
وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق فكذا النداء بهذا
اللفظ وقال زفر رح لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا
سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد امكن العمل بها بخلاف ما ذكر لانه ليس فيه
ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء
لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك
الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بيناه
وان كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون
تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه

لو خلق من مائه غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام ويروى
عن ابي حنيفة شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا
يعتق لان الامر كما اخبر فانه ابن ابيه وكذا اذا قال يا بني او يا بنية لانه
تصغير الابن والبنت من غير اضافة والامر كما اخبر واذا قال لغلام لا يولد
مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رح لهم
انه كلام محال فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان تخلق او قبل ان اخلق و
لابي حنيفة انه محال لحقيقته لكنه صحيح لمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه
وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته اما اجماعا او صلة للقرابة واطلاق
السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في
المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن
الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف
ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار
بالمال والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ سبب
لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى
وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته
فالقطع ليس بسبب له اما الحرية لا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا عنه
ولو قال هذا ابي او امي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ولو قال
لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان
هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه
فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا
في الملك من غير واسطة ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي
حنيفة رح انه يعتق ووجه الروايتين ما بيناه ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد
قيل هو على الخلاف وقيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق
الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح وان قال لامته
انت طالق او باين او تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رح تعتق
اذا نوى وكذا على هذا الخلاف سائر الفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخنا
لانه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين

ولو قال انت ابنتي لم يعتق وكذا لو قال انت سيدي لم يعتق وان نوى عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه صادق في مقاله اذ الخلق كلهم عبيده تعالى فهو كقوله انت عبد الله وعن ابي يوسف يعتق اذا نوى لان معناه انت خالص لله تعالى وذا بانتفاء ملكه عنه فهو كقوله
لا ملك لي عليك. كافي

العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان
الاتيان بيده من شرط والتاقيت مبطل له وعمل اللفظين في اسقاط ما هو حقه
وهو الملك فلهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام فتثبت بسبب سابق وهو
كونه مكلفا ولهذا يصح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا
انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع
القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقتدر ولا كذلك
المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر
القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان
اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا
امتنع في المتنازع فيه وانفذ سائغ في عكسه واذا قال لعبده انت مثل الحر لم
يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية
ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد
كما في كلمة الشهادة ولو قال راسك راس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال
راسك راس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الراس يعبر به عن جميع البدن

فصل

ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن النبي عليه السلام وقال عليه السلام
من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤثرة بالمحرمية
ولادا او غيره والشافعي يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق من غير مرضاة
المالك ينفيه القياس او لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة
الولاد فامتنع الالحاق او الاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير
الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية
فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغي لما بين التي يفترض وصلها
ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما اذا كان المالك
مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن
يجري مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض
عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع
ليعتق تحقيقا لمقصود العقد وعن ابي حنيفة انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو
قولهما فلنا ان نمنع وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان

الحرية ما ثبت بالقرابة والجنبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى يعتق
عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة ومن اعتق
عبدا لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن الاعتاق من اهله في
محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين
وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل كما في الطلاق وقد
بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما الاضافة
الى الملك ففيه خلاف الشافعي وقد بيناه في الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه
اسقاط فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه واذا خرج عبد
الحربي الينا مسلما عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين
هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء ولو
وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها ولو اعتق الحمل خاصة
عتق دونها لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا لعدم الاضافة ولا اليه تبعا لما
فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لان التسليم نفسه
شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد بالاضافة الى الجنين وشيء
من ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال
اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه
في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على
ما مر في الخلع وانما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر
منه لانه ادنى مدة الحمل قال وولد الامة من مولاها حر لانه مخلوق من مائه فيعتق
عليه هذا هو الاصل ولا معارض فيه لان ولد الامة لمولاها وولدها من زوجها
مملوك لسيدها لترجح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها
والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لان الوالد ما رضي به
وولد الحرة حر على كل حال لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها
في المملوكية والمرقوقية والتدبير وامومية الولد والكتابة

باب العبد يعتق بعضه

واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته
لمولاه عند ابي حنيفة وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده
فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي فاضافته الى

البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهم ان الاعتاق اثبات العتق
وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف
حكمي وهما لا يتجزيان فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد
ولابي حنيفة رح ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك
لان الملك حقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت
ولاية المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره والاصل ان التصرف يقتصر
على موضع الاضافة والتعدي الى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجزي كما
في البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند
العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت
المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا
اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان
يعتقه لان المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط
لا الى احد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ
وليس في الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة فاثبتناه في الكل
ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجزي عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر
عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد
واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا
فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وان شاء
استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان اعتق
او استسعى فالولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة وقالا ليس له الا الضمان مع
اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه
المسألة تبتني على حرفين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه على ما بيناه والثاني
ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله عليه السلام
في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الاخر
قسم والقسمة تنافي الشركة وله انه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله ان
يضمنه كما اذا هبت الريح في ثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ
به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الاخر موسرا كان او معسرا لما قلنا فكذا

بهذا الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان
يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغناء لان به يعتدل النظر من الجانبين
بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج
على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه
في حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزي واما التخريج
على قوله فخيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين
لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك
مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على
العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء
فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق
بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه
لان العتق كله من جهته حيث ملكه باداء الضمان وفي حال اعسار المعتق ان شاء
اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لان
العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما ادى باجماع بيننا لانه يسعى
لفكاك رقبته او لا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف
المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت او يقضي دينا
على الراهن فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر
يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك
لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق
الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا الى السعاية سبيل لانها لا
يفتقر الى الجناية بل تبتنى على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة
الموجبة للمالكية وبين الضعف السالب لها في شخص واحد قال ولو شهد
كل من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه
موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر
معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في حقه
عند ابي حنيفة وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه
ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه

مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار
لان حقه في الحالين في احد شيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده
وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فيتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما
لان كل واحد منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي
بالسعاية وولاؤه لي وقالا ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما
يتبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية
عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة قد تثبت لاقراره على
نفسه وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا
كان او كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر وان كان احدهما موسرا والآخر
معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما
يدعي عليه السعاية ولا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه
ليساره فيكون متبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما
لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى
ان يتفقا على اعتاق احدهما ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه
الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدري ادخل
ام لا عتق النصف وسعى له في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا
يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم
فانه لا يقضى بشيء للجهالة كذا هنا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية
لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب
الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او
بعينه ونسيه ومات قبل التذكر او البيان ويشيع التفريع فيه على ان يسار
المعتق يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على عبدين
كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا
المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له
والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق
نصيب الاب لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على ما مر ولا ضمان عليه علم

الآخر اذا ابن شريكه اولم يعلم وكذلك اذا اورثاه والشريك بالخيار ان شاء
اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة وقالا في الشراء
يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى الابن في
نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية
وعلى هذا اذا اشتراه رجلان واحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى نصفه لهما
انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق وصار كما اذا كان
العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه رضي بافساد نصيبه فلا
يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة
العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا
وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط
بالرضاء ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم
يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم
الآمر بملكه وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب نصفه الآخر
وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه وان
شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة
لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته
لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن ان كان موسرا ومعناه اذا اشترى
نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه واذا كان
العبد بين ثلثة نفر فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا
الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق
ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد
كله للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل
هذا ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه
فيكون معتبرا به ولما كان متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير
نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن
المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسد بافساد

بافساد شريكه حيث سد عليه طريق الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار
احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا
ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون الضمان
ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على اصلنا
وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن
ذلك في الاعتاق لانه مدبر قبل ذلك فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق
ثلث قيمته مدبرا لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة
المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت
لان ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين
والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد
عتق على ملكيهما على هذا المقدار واذا لم يكن التدبير متجزيا عندهما صار كله
مدبرا وقد افسد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه
ضمان تملك فاشبه الاستيلاد بخلاف الاعتاق لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر
وهذا ظاهر قال واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه
فانكر صاحبه فهي موقوفة يوما تخدم المنكر يوما عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء المنكر
استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها لهما انه لما لم يصدقه
صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري
على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هنا فتمتنع الخدمة ونصيب
المنكر على ملكه في الحكم فتخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت
ولابي حنيفة ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة
فيثبت ما هو المتيقن وهو النصف ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه
يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن
الاقرار بالنسب وهو امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان
كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة
وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما
وعلى هذا الاصل تنبني عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهي وجه قولهما انها
منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم وبامتناع بيعها

لا يسقط تقومها كما في المدبر الا ترى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت يجب عليها
السعاية وهذه آية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات منفعة
البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع واما السعاية
والاستخدام باقيان ولابي حنيفة ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم
والاحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان
السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في
حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب
في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقق
مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني قضينا بكتابتها عليه دفعا للضرر
من الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم

باب عتق احد العبدين

ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل
الآخر فقال احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلثة
ارباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح
كذلك الا في العبد الآخر فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر
بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول واوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما
فيصيب كل واحد منهما النصف غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا
آخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق
نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما
اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلثة
الارباع ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا
النصف فيتنصف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد
يقول لما دار الايجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع
فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان انه دار بينهما وقضيته التنصيف وانما نزل
الى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا استحقاق
للداخل من قبل فيثبت فيه النصف قال فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على
هذا وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة
على اربعة لحاجتنا الى ثلثة الارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة ومن الآخرين

عـ اي بدون القبض في البيع الفاسد يثبت البيان في ان المراد بالعتق الآخر وانما لم يشترط اتصال القبض في البيع الفاسد للبيع لان انتفاء العتق عنه ما كان لضرورة ثبوت الحكم وتكن دلالة وجود تصرف مختص بالملك الا يرى انه لو ساوم باحدهما تعين الآخر للعتق والسوم ادون من العقد الفاسد نهاية

ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فتبلغ سهام العتق سبعة والعتق
في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان يجعل سهام الورثة ضعف
ذلك فنجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال على احد وعشرين فيعتق من الثابت
ثلثة ويسعى في اربعة ومن الباقيين من كل واحد منهما سهمان ويسعى في خمسة فاذا
تاملت وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد يجعل كل رقبة على ستة لانه
يعتق من الداخل سهم عنده فنقصت من سهام العتق سهم وصار جميع المال
ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات
ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة
اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو
قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاتها في الزيادات ومن قال لعبديه احدكما
حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم يبق محلا
للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين له
الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته
والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد
احديهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه
والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا
والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف والهبة والتسليم والصدقة و
التسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذلك لو قال لامرأتيه احديكما طالق ثم ماتت
احديهما لما قلنا وكذا لو وطي احديهما لما نبينه ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم
جامع احديهما لم يعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقالا يعتق لان الوطي لا يحل
الا في الملك واحديهما حرة فكان بالوطي مستبقيا للملك في الموطوءة فتعينت
الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءة لان
الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطيها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا
حل وطيها على مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان
لتعلقه بالبيان او يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطي يصادف
المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد
بالوطي يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود

ولو قال ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان الآخر ولد تلدينه جارية فهي حرة فولدت غلاما وجارية فان علم ايهما اول فان العتق يقع على ذلك الاول فان اتفق المولى والامة على شيء من ذلك فالعتق يقع عليها بالاتفاق وان اختلفا فالقول قول المولى مع يمينه وان اتفقا انهما لا يدريان ايهما اول فان كان الغلام اولا لم يعتق [illegible] وان كانت الجارية [illegible] عتقت وان كانت الثانية عتقت فالامة على كل حال حرة والام يعتق نصفها وتسعى في نصف قيمتها لان الغلام مملوك على حاله لا يعتق — اصل الامام محمد رحمه الله

من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستيلاد ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحدة منهما يعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة وتسعى في النصف اما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتها فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة لم تدع شيئا والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم تظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى **قال** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر على ان يطلق احديهن وهذا بالاجماع وقالا الشهادة في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة وعندهما يقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم يتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق عدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا يقبل عند ابي حنيفة وان لم يكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فيشابه الطلاق

الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرنا فصار كالشهادة على عتق احد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او في مرضه واداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة يقبل استحسانا لان التدبير حيث ما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث ولان العتق يشيع بالموت فيهما فكان كل واحد منهما خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر فقد قيل لا يقبل لانه ليس بوصية وقيل يقبل للشيوع

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الدار الا انه اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي في ملكه حتى دخل عتق لما قلنا ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما ادخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجوده لاقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا **قال** رض وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي يتناول الحامل فيدخل الحمل تبعا لها ولو قال كل مملوك املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لان قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له من غير قرينة وفي الاستقبال بقرينة سوف او سين فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك

فاشترى آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان
مات عتق من الثلث وقال ابو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا
يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر له ان اللفظ
حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون
الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي
الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الا ترى انه يدخل في الوصية
بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها
والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق
يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه
ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة وهي
حالة الموت وقبل الموت حالة التمليك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ
وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك لي فهو حر بخلاف قوله بعد
غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض
استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم ولكن
بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول
انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال
بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض
للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به
بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف واطلاق لفظ
المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة
المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام
والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا يضره جهالة الوصف لانها يسيرة
قال ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت
الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير
مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء
على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار ماذونا لانه رغبه في الاكتساب بطلبه

الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا له دلالة وان
احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر
الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر لا يجبر على القبول وهو القياس
لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول
العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل
وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه
تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء
الا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة
ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا
في الابتداء عملا باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون
العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة
في الانتهاء وعند الاداء دفعا للضرر عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى
هذا يدور الفقه ويخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو ادى البعض
يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض
وادى الباقي ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها
ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع لانه ماذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء في قوله
ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا
يستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم
فالقبول بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف درهم بخلاف ما اذا قال
انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير
في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق في مسئلة الكتاب وان قبل بعد
الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا صحيح قال ومن
اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات المولى من ساعته
فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح قيمة خدمته
اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في المدة المعلومة عوضا فيتعلق العتق
بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضا فصار كما اذا
اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية اخرى وهو

ان من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع
المولى على العبد بقيمته نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه
البناء انه كما تعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى
الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها ومن قال لآخر اعتق
امتك على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تزوجه فالعتق جائز
ولا شيء على الآمر لان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم علي ففعل
لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك
على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان اشتراط البدل على
الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل ولو قال اعتق
امتك عني على الف درهم والمسألة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها
فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن
الشراء اقتضاء على ما عرف فاذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء
وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل
عنه حصة ما لم يسلم وهو البضع فلو زوجته نفسها منه لم يذكره وجوابه ان
ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهي للمولى في الوجه الثاني وما اصاب
مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين **باب التدبير** واذا قال المولى لمملوكه اذا
مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار
مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر ثم لا
يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي
يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات
وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عم
المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان
الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا في الحال اولى لوجوده
في الحال وعدمه بعد الموت ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف
فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات
لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو
المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تأخير السببية الى
زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة
في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك قال وللمولى
ان يستخدمه ويؤجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها لان الملك فيها
ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من
ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت
والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي
قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته وولد
المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رض وان علق التدبير بموته على
صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او من سفري هذا او من مرض كذا
فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفة
بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فان
مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه يثبت
حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر
من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او الى عشر سنين لما ذكرنا بخلاف
ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

باب الاستيلاد اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له ولا يجوز بيعها
ولا تمليكها لقوله عم اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه
وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة
الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة
المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب
فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو
من جانب الرجال فكذا الجزئية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة
زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجل
يثبت حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب
عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه
فرع النسب فيعتبر باصله **قال** ويجوز له وطؤها واستخدامها واجارتها وتزويجها
لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به

وقال الشافعي رح يثبت نسبه منه وان لم يدّع لانه لما ثبت النسب بالعقد
فلان يثبت بالوطي وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطي الامة يقصد به
قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع منه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين
من غير وطي بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة
فان جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد اعتراف منه
بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا
كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله
بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش
حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم واما الديانة فان كان وطئها
وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه
وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر
هكذا روي عن ابي حنيفة وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف ومحمد ذكرناهما
في كفاية المنتهي فان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى
الولد كالتدبير الا ترى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج
لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام
ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير
الجارية ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن
المسيب ان النبي عم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن
من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فيقدم على حق الورثة والدين كالتكفين
بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى
للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة
فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم واذا اسلمت
ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي
السعاية وقال زفر تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا
عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعدما
اسلمت واجب وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا
ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة

حرة يدا وانصار وعن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي
الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية ام الولد يعتقدها
الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فلها حرمة وهذا
يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء يجب المال
للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت في حيوته لا
ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد امة غيره
بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي رح لا تصير ام ولد له ولو استولدها
بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد
المغرور له انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها
الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك
الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية
انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت
الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق
على الزاني اذا ملكه لانه جزءه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه
من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا
وطي الاب جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه وصارت ام ولد له وعليه
قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب
النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد
الملك الى ما قبل الاستيلاد وان وطي اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب
لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب ولو كان الاب ميتا يثبت من الجد كما يثبت من
الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية
واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه
لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى
لما ان سببه لا يتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من ماءين وصارت
ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما وعند ابي حنيفة رح يصير ام ولد
له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها لانه تملك
نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لانه وطي جارية

شركة اذ الملك يثبت حكماً للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف
الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطاً للاستيلاد فيتقدمه
فصار واطئاً ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستنداً الى
وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك واذا ادعياه معاً يثبت نسبه
منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي يرجع الى قول القافة لان اثبات
النسب من شخصين مع علمنا ان الولد الواحد لا يتخلق من مائين متعذر فعملنا
بالشبه وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في اسامة بن زيد رض
ولنا كتاب عمر رض الى شريح رض في هذه الحادثة لبّسا فلبّس عليهما ولو بيّنا
لبيّن لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من
الصحابة رض وعن علي كرم الله وجهه مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق
فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية فما
يقبل التجزية يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها يثبت في كل واحد
منهما كملاً كان ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين اب الآخر او كان
احدهما مسلماً والآخر ذمياً لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي
حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور النبي عم فيما روي لان الكفار
كانوا يطعنون في نسب اسامة رض وكان قول القائف مقطعاً لقولهم و
لطعنهم فسر به قال وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في
نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعاً لولدها وعلى كل واحد منهما
نصف العقر قصاصاً بما له على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث
ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد
لاستوائهما في النسب كما اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية مكاتبه
فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب يثبت نسب الولد منه وعن ابي
يوسف انه لا يعتبر تصديقه اعتباراً بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه
الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى
لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن قال وعليه عقرها لانه لا
يتقدمه الملك لان ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما ذكرناه قال وعليه قيمة
ولدها لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلاً وهو انه كسب كسبه فلم

فلم يرض برقه فيكون حراً بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد
له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب
لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوماً ثبت نسبه منه لقيام الموجب
وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

كتاب الايمان

قال الايمان على ثلثة
اضرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على امر
ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عم من حلف
كاذباً ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي
فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق
بالاستشهاد بالله كاذباً فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة
حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها
مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختيار مبتدأ وما في الغموس
ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة هي الحلف على امر في المستقبل ان يفعله
او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تع ولكن يؤاخذكم بما
عقدتم الايمان وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن
انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن
اللغو ان يقول والله انه لزيد وهو يظنه زيداً وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تع لا يؤاخذكم
الله باللغو في ايمانكم الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره قال والقاصد
في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عم ثلث جدهن
جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين والشافعي يخالفنا في ذلك
وسنبين في الاكراه ان شاء الله تع ومن فعل المحلوف عليه مكرهاً او ناسياً فهو
سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو
مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم
يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب

باب ما يكون يميناً وما لا يكون يميناً

قال واليمين بالله او باسم آخر من اسماء الله كالرحمن والرحيم او بصفة
من صفات ذاته التي يحلف بها عرفاً كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها
متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله تع وصفاته
فصلح ذكره حاملاً او مانعاً قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يميناً لانه غير

متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك
ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها
غير متعارف ولان الرحمة قد تذكر ويراد بها اثرها وهو المطر والجنة و
الغضب والسخط يراد بهما العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي
والكعبة لقوله عم من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف
بالقرآن لانه غير متعارف رض معناه ان يقول والنبي والقرآن اما لو
قال انا بريء منه يكون يمينا لان التبري منهما كفر قال والحلف بحروف القسم
وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان
كل ذلك معهود في الايمان ومذكور في القرآن قال وقد يضمر حرف القسم فيكون حالفا
كقوله الله لا افعل كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب
لانتزاع حرف الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا
اذا قال لله لان الباء تبدل بها قال الله تع آمنتم له اي آمنتم به قال ابو حنيفة اذا
قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه
رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تع وهو حقيقته
فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله تع
اذ الطاعات حقوقه فيكون حالفا بغير الله قالوا ولو قال والحق يكون يمينا ولو
قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تع والمنكر يراد به تحقيق الوعد
ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله
فهو حالف لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة
وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا في الحال والشهادة يمين قال الله تع
قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود
المشروع وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل
لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم
بخداي يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوگند خورم قيل لا يكون يمينا ولو قال
بالفارسية سوگند خوردم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف وكذا قوله
لعمر الله وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه وايمن الله وهو جمع يمين
وقيل معناه والله وايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله و

وعهد الله وميثاقه لان العهد يمين قال الله تع واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة
عن العهد وكذا اذا قال علي نذر او نذر الله لقوله عم من نذر نذرا ولم يسم فعليه
كفارة يمين وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا
لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول
بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو
الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى فصار كما اذا قال
هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان عنده انه
يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل ولو قال ان فعلت كذا فعلي غضب الله
او سخط الله فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولانه غير متعارف
وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او آكل ربوا لان
حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس
بمتعارف **فصل في الكفارة قال** كفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي
في الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما يجوز فيه
الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه
قوله تع فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء
الثلثة قال فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعة
وقال الشافعي يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلثة ايام متتابعات
وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب بيان ادنى الكسوة مروي عن محمد رح
وعن ابي حنيفة وابي يوسف ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو
الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الاطعام
باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي رح يجزيه بالمال
لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة
لستر الجناية ولا جناية واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه
مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل ان لا
يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله
عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر
يمينه ولان فيما قلنا تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية

في ضمنه وإذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد اسلامه فلا حنث عليه
لانه ليس باهل لليمين لانها تنعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا
هو اهل للكفارة لانها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما و
عليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال
قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ
ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت حرمة لغيره باثبات موجب
اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة
وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه
ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك
والقياس ان يحنث كما فرغ من اليمين لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس
ونحوه وهذا قول زفر وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع
اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه
يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم
واذا نواها كان ايلاء ولا يصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب
الرواية ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال
وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في
قوله هرچه بدست راست گيرم بروي حرام انه هل يشترط النية والاظهر انه
يجعل طلاقا من غير نية للعرف ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء لقوله عليه السلام
من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه
الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن
ابي حنيفة انه رجع عنه وقال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة
او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد
ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه
لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي
الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه لان شفى الله مريضي
لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع وهذا التفصيل هو الصحيح وان
حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام

من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال
لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او
الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت
لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على
السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو
مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة فان دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة
فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة
ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب يجري على اطلاقه وهو
الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه
الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب
والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فالبناء
وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ولو حلف
لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم
باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله
لم يحنث لانها لم تبق دارا لاعتراض اسم اخر عليها وكذا اذا دخله بعد انهدام
الحمام واشباهه لانه لا تعود اسم الدار به وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله
بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت
الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بني
بيتا اخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف
على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج
الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ويجب
ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق
الباب كان خارجا لا يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج
من الدار ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج
ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان
ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا

الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة
وهو راكبها فنزل من ساعته او حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ
في النقلة من ساعته لا يحنث وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين
تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه
الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها الا ترى انه تضرب لها مدة يقال ركبت يوما
ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو
نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج
بنفسه ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا ببقاء
اهله ومتاعه فيها عرفا فان السوقي عامة نهاره في السوق ويقول اسكن في
سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كانت اليمين على المصر لا يتوقف
البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رح لانه لا يعد ساكنا في
الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من
الجواب ثم قال ابو حنيفة لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان
السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف يعتبر نقل الاكثر
لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لان
ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا احسن وارفق بالناس وينبغي ان
ينتقل الى منزل آخر بلا تاخير حتى يبر فان انتقل الى السكة او الى المسجد
قالوا لا يبر دليله في الزيادات ان من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا
آخر يبقى وطنه الاول في حق الصلوة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه
حنث لان فعل المامور مضاف الى الآمر فصار كما اذا ركب دابة فخرجت ولو
اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل لم ينتقل اليه لعدم الامر ولو حمله برضاه لا بامره
لا يحنث في الصحيح لان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ولو حلف لا يخرج من داره
الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى
والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث
لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل
الى الخارج ولو حلف لا ياتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال

ولو حلف لا يذهب الى مكة اختلف المشايخ فيها قال نصير بن يحيى هو بمنزلة الاتيان كقوله تعالى فاذهبا الى فرعون
واريد به الاتيان وقال محمد بن سلمة الذهاب بمنزلة الخروج وهو الصحيح فان الرجل اذا قصد سمرقند وخرج نحوها صح ان يقال
ذهب الى سمرقند ... وان نوى به الاتيان او الخروج صحت نيته لانه نوى ما يحتمله لفظه

قال الله تعالى فاتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان
وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال وان حلف ليأتين البصرة
فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حيوته لان البر قبل ذلك
مرجو ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون
القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان ولم يجئ
امر لا يقدر على اتيانه فلم يأته حنث وان عنى استطاعة القضاء دين فيما
بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق
الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في المتعارف فعند الاطلاق ينصرف
اليه ويصح نية الاول ديانة لانه حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا
وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة
فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان
المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى
الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال
الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث
لان هذه كلمة غاية فينتهي اليمين به كما اذا قال حتى آذن لك ولو ارادت المرأة
الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك اذا
اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه
تسمى يمين فور وتفرد ابو حنيفة باظهاره ووجهه ان مراد المتكلم الزجر
عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الايمان عليه ولو قال له رجل اجلس فتغد
عندي فقال ان تغديت فعبدي حر فخرج فرجع الى منزله فتغدى لم يحنث لان
كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه
بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ
ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون او غير مديون
لم يحنث عند ابي حنيفة الا اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى
لانه لا ملك للمولى فيه عنده وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين
لا يحنث ما لم ينوه لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا وكذا شرعا
قال عم من باع عبدا وله مال فماله للمولى الحديث فيختل الاضافة الى المولى

فلا بد من النية وقال ابو يوسف في الوجوه كلها يحنث اذا نواه لاختلال
الاضافة وقال محمد يحنث وان لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع
وقوعه للسيد عندهما

باب اليمين في الاكل والشرب

ومن حلف لا ياكل
من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما
يخرج منه لانه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة
حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا ياكل من هذا البسر
فصار رطبا فاكل لم يحنث وكذا اذا حلف لا ياكل من هذا الرطب او من هذا اللبن
فصار الرطب تمرا او صار اللبن شيرازا لان صفة البسورة والرطوبة
داعية الى اليمين فكذا كونه لبنا فيتقيد به ولان اللبن ماكول فلا ينصرف اليمين
الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعد
ما شاخ يحنث لان هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي في
الشرع ولو حلف لا ياكل لحم هذا الحمل فاكل بعد ما صار كبشا يحنث لان صفة
الصغر في هذا ليست بداعية الى اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا عن
لحم الكبش ومن حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف
لا ياكل رطبا او بسرا او حلف لا ياكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا حنث عند ابي
حنيفة وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب وفي البسر بالرطب المذنب
لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا وصار كما اذا كانت
اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب
على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل ذلك مقصود في الاكل بخلاف الشراء
لانه يصادف الجملة فيتبع القليل الكثير فيه ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى
كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو
كان اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل واحد
منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا او لا ياكله فاشترى
حنطة فيها حبات شعير واكلها حنث في الاكل دون الشراء لما قلنا ولو حلف
لا ياكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القران
وجه الاستحسان ان التسمية مجازية لان اللحم منشاؤه من الدم ولا دم فيه لسكونه
في الماء وان اكل لحم خنزير او انسان يحنث لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد

تنعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من
الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما ولو حلف
لا ياكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة رح وقالا يحنث
في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار
وله انه لحم حقيقة الا ترى انه ينشأ من الدم ويستعمل استعماله ويحصل به قوته
ولهذا يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم
وقيل هذا بالعربية فاما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو
حلف لا ياكل او لا يشتري لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع
ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم ومن حلف لا ياكل من هذه الحنطة
لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لا يحنث وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا
ان اكل من خبزها يحنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة ان له حقيقة
مستعملة فانها تغلى وتقلى وتؤكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف على
ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف
لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الخبز حنث ايضا ولو حلف
لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير ماكول فانصرف الى
ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لم يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف
لا ياكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة
والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان ولو اكل من خبز القطائف لم يحنث
لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه يحتمله وكذا لو اكل خبز الارز بالعراق
لم يحنث لانه غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعامهم
ذلك يحنث ولو حلف لا ياكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر
لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من بيض او غيره
لمكان الحقيقة ولو حلف لا ياكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان
اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف
وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من
مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ومن حلف لا ياكل الرؤس
فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس في الجامع

الصغير لو حلف لا ياكل راسا فهو على روس البقر والغنم عند ابي حنيفة رح
وقالا على روس الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في
زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو
المذكور في المختصر ولو حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء
او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة
وقالا حنث في العنب والرطب والرمان ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه
به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء
بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود
في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول
بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب والرمان فهما يقولان معنى
التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وابو حنيفة رح
يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجب قصورا في معنى
التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من
الاقوات ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به الخبز فهو ادام والشواء
ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ما يؤكل مع الخبز
غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة
وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا
والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يؤكل على الانفراد
حكما وتمام الموافقة في الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل
وحده بل يشرب والملح لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف
اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب و
البطيخ ليس بادام هو الصحيح واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع
الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال
يسمى عشيا ولهذا يسمى الظهر احدى صلوتي العشاء في الحديث والسحور من نصف
الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء
والعشاء ما يقصد به الشبع عادة ويعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم و
يشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع وان قال ان لبست او اكلت او شربت

او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء لم يدين في القضاء
وغيره لان النية انما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور
تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه وان قال ان لبست
ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه نكرة
في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في
القضاء ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع
منها كرعا عند ابي حنيفة وقالا اذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم
وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع
اجماعا فمنعت المصير الى المجاز وان كان متعارفا وان حلف لا يشرب من
ماء دجلة فشرب منها باناء حنث لانه بعد الاغتراف بقي منسوبا اليه وهو
الشرط فصار كما اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة ومن قال ان لم اشرب الماء
الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فان
كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كانت
اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما
خلافا لابي يوسف لان اليمين انما تعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه
وله انه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو
الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد
الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث
عندهما وعند ابي يوسف يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا
فابو يوسف فرق بين المطلق والمقيد ووجه الفرق ان التوقيت للتوسعة
فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ
وقد عجز فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر
كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما اذا مات
الحالف والماء باق اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك
لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر ويبطل اليمين كما اذا عقده
ابتداء في هذه الحالة ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن الحجر ذهبا

انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر لا ينعقد لانه مستحيل عادة
فاشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان
الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدونها وكذا تحول
الحجر ذهبا بتحويل الله تع واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه
ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع احتمال
اعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت
الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم تنعقد اليمين

باب اليمين في الكلام

ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم حنث لانه قد كلمه ووصل
الى سمعه الا انه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع الا انه لم يفهم
لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه وعليه مشايخنا لانه
اذا لم ينتبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف
لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق
من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع
وقال ابو يوسف رح لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضا
قلنا الرضا من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر وان حلف لا يكلمه شهرا
فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر تتابد اليمين فذكر الشهر لاخراج ما وراءه
فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن
شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا تتابد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه
منكر فالتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في الصلوة لم يحنث
وان قرأ في غير الصلوة حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي
القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي لانه كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة
ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عم ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام
الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قاريا
ومسبحا ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار جميعا لان
اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تع ومن يولهم
يومئذ دبره والكلام لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه
مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رح انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف

المتعارف ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل
كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال ان كلمت
فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او الا ان ياذن فلان او قال
حتى ياذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم او الاذن حنث ولو كلمه بعد
القدوم او الاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها
فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين وان مات فلان سقطت اليمين خلافا
لابي يوسف رح لان الممنوع عنه كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت
متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط
الغاية تتابد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة
فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت منه امرأته او عادى صديقه
فكلمهم لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة
ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله عنه هذا في اضافة الملك بالاتفاق
وفي اضافة النسبة عند محمد رح يحنث كالمرأة والصديق قاله في الزيادات لان
هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق مقصود بالهجران فلا يشترط
دوامها ويتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة ووجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع
الصغير انه يحتمل ان يكون غرضه هجرانه لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث
بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان
هذا او امرأة فلان هذه او صديق فلان هذا لم يحنث في العبد وحنث في المرأة
والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يحنث في العبد ايضا
وهو قول زفر وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا
الاختلاف وجه قول محمد وزفر ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه
لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة
ولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تعادى ولا
تهجر لذواتها وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال
قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة
لانه يعادى لذاته فكانت الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير
ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان

فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان
لا يعادى لمعنى فى الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا
الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة
فى الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل

فصل ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على
ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة
قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى
تؤتى اكلها كل حين باذن ربها وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان
اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمديد لا يقصد غالبا
لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتأبد فتعين ما ذكرناه وكذا الزمان يستعمل
استعمال الحين يقال ما رايتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد وهذا اذا
لم يكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه حقيقة كلامه قال وكذلك
الدهر عند ابى يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة الدهر لا ادرى ما هو وهذا الاختلاف
فى المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان دهرا
يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رايتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى
وابو حنيفة رح توقف فى تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف
لم يعرف استمراره لاختلاف فى الاستعمال ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على
ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث وان حلف
لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابى حنيفة وقالا على ايام الاسبوع ولو
حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثنى عشر شهرا
لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا لانه يدور عليها وله انه جمع معرف فينصرف
الى اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده فى الجمع والسنين
وعندهما ينصرف الى العمر لانه لا معهود دونه ومن قال لعبده ان خدمتنى اياما
كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابى حنيفة عشرة ايام لانه اكثر
ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين
بالفارسية تنصرف الى سبعة لانه يذكر فيه بلفظ الفرد دون الجمع

باب اليمين فى العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق او قال
فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت
حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به فى العرف ويعتبر ولدا
فى الشرع حتى تنقضى به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فتحقق الشرط
وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر
حيا عتق الحى وحده عند ابى حنيفة رح وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط
قد تحقق بولادة الميت على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت
ليس بمحل للحرية وهى الجزاء ولابى حنيفة ان مطلق اسم الولد يتقيد بوصف
الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهى قوة حكمية تظهر فى دفع تسلط
الغير ولا تثبت فى الميت فيتقيد بوصف الحيوة كما اذا قال اذا ولدت ولدا
حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا واذا قال اول
عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فان
اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد فى الاولين
والسبق فى الثالث فانعدمت الاولية وان كان قال اول عبد اشتريه وحده
فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد فى حالة الشراء لان وحده للحال
لغة والثالث سابق فى هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر
فاشترى عبدا ومات لم يعتق لان الآخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون
لاحقا وان اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق فاتصف
بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند ابى حنيفة حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق
يوم مات حتى يعتبر من الثلث لان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره
بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه
ولابى حنيفة رح ان الموت معرف فاما اتصافه بالآخرية فمن وقت الشراء
فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلاق الثلث به وفائدته تظهر فى
حق الارث وعدمه ومن قال كل عبد بشرنى بولادة فلانة فهو حر فبشره
ثلثة متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط
كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا لانها
تحققت من الكل وان قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوى به
كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهى اليمين واما

الشراء فشرط ، ومن اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزاه عندنا
خلافا لزفر والشافعي لهما ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة
وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا
ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا
فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره وصار
نظير قوله سقاه فارواه ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسألة
ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة
يميني ثم اشتراها فانها تعتق بوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها
مستحقة بالاستيلاد فلا تنضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال
لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني يجزيه عنها اذا اشتراها
لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم يختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته
النية وان قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه
عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان
الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى
جارية فتسراها لم تعتق خلافا لزفر رح فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك
فكان ذكره ذكر الملك وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر
يصير التزوج مذكورا لضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره
ولا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسألة الطلاق انما يظهر في حق
الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلث فتزوجها
وطلقها لا يطلق ثلثا فهذه وزان مسئلتنا ومن قال كل مملوك لي حر
يعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة
في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم
لان الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة
بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية ومن قال
لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين
لان او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة
على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال

قال احديكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق
الاخير وله الخيار في الاولين لما بينا

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر فوكل من فعل ذلك
لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان
العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من
الآمر وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي غير ذلك لان فيه تشديدا
او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده
ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل
فيها سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى موكله وحقوق العقد
ترجع الى الآمر لا اليه وان قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة
وسنشير الى المعنى في الفرق ان شاء الله تعالى ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح
شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده
وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا
اذ لا حقوق له ترجع الى المأمور ولو قال عنيت ان لا اتولى ذلك بنفسي دين
في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس
الا تكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به
واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين
ديانة لا قضاء اما الضرب والذبح ففعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الآمر
بالتسبب مجاز فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء
ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة
ضرب الولد عائدة اليه وهو التأدب والتثقف فلم ينسب فعله الى الآمر بخلاف
الامر بضرب العبد لان منفعة الايتمار عائدة الى الآمر بامره فيضاف الفعل
اليه ومن قال لآخر ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه
في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي
اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع تجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف
ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان
بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه

أو رب له فيقتضي الاختصاص به وذلك بأن يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجري فيه النيابة في الوجهين بخلاف الأكل والشرب وضرب الغلام لأنه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ومن قال هذا العبد حر إن بعته فباعه على أنه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فيه فينزل الجزاء وكذا لو قال المشتري إن اشتريته فهو حر فاشتراه على أنه بالخيار يعتق أيضا لأن الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على أصلهما ظاهر وكذا على أصله لأن هذا العتق يتعلق به والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا ومن قال إن لم أبع هذا العبد أو هذه الأمة فامرأته طالق فأعتق أو دبر طلقت امرأته لأن الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع وإذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن أبي يوسف أنها لا تطلق لأنه أخرجه جوابا لها فينطبق عليه ولأن غرضه إرضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا وقد يكون غرضه إيحاشها حين اعترضت عليه فيما أحله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لأنه تخصيص العام

باب اليمين في الحج والصوم والصلوة

ومن قال في الكعبة أو في غيرها علي المشي إلى بيت الله أو إلى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشيا وإن شاء ركب وأراق دما وفي القياس لا يلزمه شيء لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الأصل ومذهبنا مأثور عن علي كرم الله وجهه ولأن الناس تعارفوا إيجاب الحج والعمرة بهذه اللفظة فصار كما إذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وإن شاء ركب وأراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو قال علي الخروج أو الذهاب إلى بيت الله فلا شيء عليه لأن التزام الحج أو العمرة بهذا اللفظ غير متعارف ولو قال علي المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند أبي حنيفة وقالا في قوله علي المشي إلى الحرم حجة أو عمرة ولو قال إلى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما أن الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لأنهما منفصلان عنه وله أنه

مبنى الإيمان على العرف والعادة لأن المعروف فيما بين الناس كالمحسوس لأن في قطع العرف وقطع العادة إهدار الحقيقة لأن الحقيقة العرفية بمنزلة الحقيقة الحسية. محيط

لأنه التزم الإحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن إيجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلا ومن قال عبدي حر إن لم أحج العام فقال شهد شاهدان أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يعتق لأن هذه شهادة قامت على أمر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما أنها قامت على النفي لأن المقصود منها نفي الحج لا إثبات التضحية لأنه لا مطالب لها فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج العام غاية الأمر أن هذا النفي مما يحيط به علم الشاهد ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم أفطر من يومه حنث لوجود الشرط إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات الثلث على قصد التقرب ولو حلف لا يصوم يوما أو صوما فصام ساعة ثم أفطر لا يحنث لأنه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانتهائه إلى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث فإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس أن يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان أن الصلوة عبارة عن الأركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف الصوم لأنه ركن واحد وهو الإمساك ويتكرر في الجزء الثاني ولو حلف لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لأنه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا وأقلها ركعتان للنهي عن البتيراء والله أعلم

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته ونسجت فلبس فهو هدي عند أبي حنيفة رح وقالا ليس عليه أن يهدي حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لأنه اسم لما يهدى إليها لهما أن النذر إنما يصح في الملك أو مضافا إلى سبب الملك ولم يوجد لأن اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب ملكه وله أن غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث إذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لأن القطن لم يصر مذكورا ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لأنه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى أبيح استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم وإن كان من ذهب حنث لأنه حلي ولهذا لا يحل استعماله

للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة وقالا يحنث
لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وله انه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان
على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لان التحلي به
على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام على الفراش فنام عليه وفوقه قرام
حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراش آخر فنام
عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فقطع النسبة عن الاول ولو
حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى
جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له
فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او
حصير حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك
بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فيقطع النسبة عنه

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

ومن قال لغيره ان ضربتك فعبدي حر فمات
فضربه فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام
لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر يوضع فيه الحيوة في قول العامة وكذا
الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت
لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس وكذا
الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول
عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر
فغسله بعد ما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق
ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها
حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة
لانه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت
وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور
فينعقد ثم يحنث للعجز العادي وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة
كانت فيه ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك
المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

باب اليمين في تقاضي الدراهم

ومن حلف
ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر

من شهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال
عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم
فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف
لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد
شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وان وجدها
رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في
الصرف والسلم وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه
المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع وكأنه شرط القبض ليتقرر به وان وهبها
له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب
الدين ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث
حتى يقبض جميعه لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا ترى انه
اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به
فان قبض دينه في وزنين لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس
ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر
مستثنى منه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا
خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان استثناء
المائة استثناء بجميع اجزائها وكذلك لو قال غير مائة او سوى مائة لان
كل ذلك اداة الاستثناء

مسائل متفرقة

واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا
لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي وان حلف ليفعلن
كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين
اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله وانما يحنث بوقوع اليأس
عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه
بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته لان المقصود منه دفع شره
او شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت
وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهب
ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا
انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود

اظهار السماحة وذلك يتحقق به اما البيع معاوضة فاقتضى الفصل من الجانبين
ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق
له ولهما ساق ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا
للعرف وفي الجامع الصغير يحنث بالبيع والشراء ويبتنى عليه وقيل في عرفنا
يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه
والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه

كتاب الحدود

الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا
لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لما انه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير
والمقصد الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست
اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار و
المراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق
فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم
القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر قال فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود
على رجل وامرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال
الله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال عم للذي قذف امرأته ائت باربعة
يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربع تحقيق معنى الستر
وهو مندوب اليه والاشاعة ضده قال واذا شهدوا يسالهم الامام عن الزنا
ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى لان النبي عم استفسر ماعزا
عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل
في الفرج عناه او زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له شبهة
لا يعرفها هو ولا الشهود كوطي جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء
فاذا بينوا ذلك وقالوا رايناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسال
القاضي عنهم فعدلوا سرا وعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة
احتيالا للدرء قال عم ادرءوا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق
عند ابي حنيفة وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى قال
في الاصل يحبس حتى يسال عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عم
رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك

وسنبين الفرق ان شاء الله تعالى قال والاقرار ان يقر البالغ العاقل على
نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي
فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او غير موجب
للحد واشتراط الاربع مذهبنا وقال الشافعي رح يكتفى بالاقرار مرة واحدة
اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور
بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز رض فانه عليه السلام اخر
الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر دونها لما
اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا
الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس
لما روينا ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة
الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضي
والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر
هو المروي عن ابي حنيفة لانه عم طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان
المدينة قال فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين
زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه
الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة
لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو ساله جاز لجواز انه
زنى في صباه قال فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل
رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي رح وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه
وجب باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار
كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس
احد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص
وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع ويستحب للامام
ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عم لماعز رض
لعلك مسستها او قبلتها قال في الاصل وينبغي للامام ان يقول له لعلك
تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى

فصل في كيفية الحد واقامته

واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه

بالحجارة حتى يموت لانه عم رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف
وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضي الله عنهم قال ويخرجه الى ارض
فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي عن علي كرم الله وجهه
ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في
بدايته احتيال للدرء وقال الشافعي لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا
كل احد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم
لانه اتلاف فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع
وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط وان كان مقرا
ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رض ورمى رسول الله عم الغامدية
بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى
عليه لقوله عم في ماعز رض اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا
يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عم على الغامدية بعدما رجمت
وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني
فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق
غيره معمولا به قال ويأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان
عليا رض لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير
المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار
وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رض كان يأمر بالتجريد
في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة
في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه ويفرق الضرب على
اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف
قال الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عم للذي امره بضرب الحد اتق الوجه
والمذاكير ولان الفرج مقتل والراس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع
المحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا
يشرع حدا وقال ابو يوسف يضرب الراس ايضا رجع اليه وانما يضرب
سوطا لقول ابي بكر رض اضربوا الراس فان فيه شيطانا قلنا تأويله انه
قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك

والاهلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي
رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد
على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض
ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق راسه
وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق وان
كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب
نزلت في حق الاماء ولان الرق منصف للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية
عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل والمراة فيه سواء
لان النصوص تشملهما غير ان المراة لا ينزع عنها ثيابها الا الفرو والحشو
لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى
المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان وتضرب جالسة لما روينا
ولانه استر لها وان حفر لها في الرجم جاز لانه عم حفر للغامدية الى ثندوتها
وحفر علي رض لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عم لم يأمر بذلك
وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا
ولا يحفر للرجل لانه عم ما حفر لماعز رض ولان مبنى الاقامة على التشهير
في الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده
الا باذن الامام وقال الشافعي رح له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة كالامام
بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام
اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منه اخلاء
العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن
الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي
وحق الشرع موضوع عنه واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما
قد تزوج امراة نكاحا صحيحا وقد دخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل
والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل
الجناية بواسطة تكامل النعمة لان كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه
الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف
الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالراي متعذر

ولأن الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال والإصابة شبع بالحلال والإسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر أغلظ والشافعي يخالفنا في اشتراط الإسلام وكذا أبو يوسف في رواية لهما ما روي أن النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول إيلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الإحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصنا وكذا إذا كان الزوج موصوفا بإحدى هذه الصفات وهي حرة عاقلة بالغة مسلمة لأن النعمة بذلك لا تتكامل إذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وأبو يوسف يخالفهما في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الأمة ولا الحرة العبد قال ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم لأنه عليه السلام لم يجمع ولأن الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لأن زجر غيره يحصل بالرجم إذ هو في العقوبة أقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي وقال الشافعي رح يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولأن فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا إلى حرف الفاء أو إلى كونه كل المذكور ولأن في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قال إلا أن يرى الإمام ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لأنه قد يفيد في بعض الأحوال فيكون الرأي فيه إلى الإمام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم وإذا زنى المريض وحده الرجم رجم لأن الإتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وإن كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي إلى الهلاك ولهذا لا يقام

القطع عند شدة الحر والبرد وإذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي إلى هلاك الولد وهو نفس محترمة وإن كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها أي ترتفع يريد به تخرج منه لأن النفاس نوع مرض فيؤخر إلى زمان البرء بخلاف الرجم لأن التأخير لأجل الولد وقد انفصل وعن أبي حنيفة أنه يؤخر إلى أن يستغني ولدها عنها إذا لم يكن أحد يقوم بتربيته لأن في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي أنه عليه السلام قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس إلى أن تلد إن كانت الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الإقرار لأن الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطء الموجب للحد هو الزنا وأنه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لأنه فعل محظور والحرمة على الإطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرؤوا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالأولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لأن معناه أن يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لإطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية إذا ادعى الولد ولا يثبت في الأولى وإن ادعاه لأن الفعل تمحض زنا في الأولى وإن سقط الحد لأمر راجع إليه وهو اشتباه الأمر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية أبيه وأمه وزوجته والمطلقة ثلاثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة وأم ولد أعتقها مولاها وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ففي هذه المواضع لا حد إذا قال ظننت أنها تحل لي ولو قال علمت أنها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض والجارية المشتركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وإن قال علمت أنها علي حرام ثم الشبهة عند أبي حنيفة رح

شبهة العقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت
اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا
عرفنا هذا قال ومن طلق امرأته ثلثا ثم وطئها في العدة وقال علمت انها
علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فيكون الشبهة منتفية وقد
نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه
لانه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه
لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط
الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة
الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة ولو قال لها انت خلية
او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت انها
علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رض فيه فمن مذهب عمر رض انها تطليقة
رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك
ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام
لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عم انت ومالك لابيك و
الابوة قائمة في حق الجد قال ويثبت النسب وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه فاذا
وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على
قاذفه وان قال علمت انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه لان
بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع فكانت شبهة اشتباه الا انه
زنى حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي والفحل لم يدع
في الظاهر لان الفعل واحد وان وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل
لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا
ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه
وعليه المهر قضى بذلك علي رض وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع
الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور
ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف رح لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد
امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن
الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي

التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها
فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل ومن تزوج امرأة
لا يحل له نكاحها فوطئها لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة ولكن يوجع عقوبة اذا
كان علم بذلك وقالا عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف
محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا
لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة ان العقد صادف محله لان
محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو
المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة
حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا
انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر ومن وطئ اجنبية فيما دون
الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امرأة في الموضع المكروه
او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع الصغير
ويودع في السجن وقالا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي الشافعي وقال في قول
يقتلان بكل حال لقوله عم اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى
والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل
الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رض
في موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع
الاحجار وغير ذلك ولا هو في معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه
الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي في احد الجانبين والداعي الى
الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عنده
لما بيناه ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في كونه جناية
وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه
او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذي يروى انه تذبح
البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى في دار الحرب
او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي يحد لانه التزم بالاسلام
احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عم لا تقام الحدود في دار الحرب ولان
المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة عنهما فيعرى الوجوب

عن الفائدة ولا يقام بعد ما خرج لانها لم تنعقد موجبة فلا ينقلب موجبة
ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة او امير مصر يقيم الحد على
من زنى في معسكره لانه تحت امره بخلاف امير العسكر والسرية لانه لم
يفوض اليهما الاقامة واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او زنى
ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة رح ولا يحد الحربي والحربية وهو
قول محمد في الذمي يعني اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان
عند محمد وهو قول ابي يوسف اولا وقال ابو يوسف يحدون كلهم وهذا القول الآخر
لابي يوسف له ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات
كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف
حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة
ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل
المسلم ولا الذمي به فانما يلتزم من الاحكام ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو
حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد
القذف من حقوقهم اما حد الزنا فمحض حق الشرع ولمحمد وهو الفرق ان
الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة على ما نذكره ان شاء الله تعالى
فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع
في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او
مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة فيه ان فعل المستامن
زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على
اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون
لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد
المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد واذا زنى الصبي والمجنون بامرأة طاوعته
فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو رواية عن
ابي يوسف وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة
وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه
فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا
يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا والمرأة موطوءة

موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم
الفاعل كالراضية في معنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد
في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم
على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد ومن اكرهه
السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان ابو حنيفة اولا يقول عليه الحد وهو
قول زفر لان الزنا من الرجل لا يكون الا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الطوع
وجه قول الآخر ان السبب الملجئ موجود حقيقة وظاهرا والانتشار دليل
متردد لانه قد يكون من غير قصد كما في النائم فلم يترك اليقين بالمحتمل
وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة رح وقالا لا يحد لان المانع الالجاء
وخوف التلف يتحقق من غير السلطان لابي حنيفة ان الاكراه من غير
السلطان انما شرع لدفع الظلم لقول القائل اليه يرفع بالسلطان معضلة
ولان الخوف من السلطان يتحقق لغيره فلم يبق كرها قالوا هذا اختلاف
عصر وزمان لانه لم يكن في زمنه لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعها
بالسلطان وفي زمانهما ظهرت لكل متغلب وفي زماننا كذلك فصلح شبهة
لاسقاط الحد ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت
هي تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر
في ذلك لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث
شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنى بجارية
فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين
فيوفر على كل واحدة منهما حكمه وعن ابي يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة
سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف
واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل
القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه
فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت
والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما
اذا زنى بها فاذهب عينيها حيث تجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك ثمة
يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورث شبهة وكل شيء صنعه الامام

الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال لان الحدود
حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه لا يفيد
بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة
المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق
الشرع فحكمه حكم ساير الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم
عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير واذا
شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر او بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة
والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي هو
يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى الحجتين ولنا ان الشاهد
مخير بين حسبتين اداء الشهادة والستر فالتاخير ان كان لاختيار
الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته او لعداوة حركته
فيتهم فيها وان كان التاخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع
بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة
خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيه
مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه
بعد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط
فيحمل تاخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة
لان الدعوى ليس بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما شرط للمال
ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد
ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه
فبالكتمان يصير فاسقا آثما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء
يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب
بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضاء من
القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير
الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي وابو حنيفة لم يقدر
في ذلك وفوضه الى راي القاضي في كل عصر وعن محمد انه قدره بشهر لان

ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف وهو الاصح وهذا
اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان
المانع بعدهم عن الامام فلا يتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد
وعندهما يتقدر بزوال الرايحة على ما ياتي في بابه ان شاء الله تعالى واذا شهدوا
على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غايبة فانه يحد وان شهدوا انه سرق
من فلان وهو غايب لم يقطع والفرق ان بالغيبة ينعدم الدعوى وهي
شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر
بالموهوم وان شهدوا انه زنى بامراة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امراته
او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد لانه لا يخفى عليه امته وامراته
وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها واخران انها طاوعته درئ
الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما
على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان
طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم تثبت لاختلافهما وله انه اختلف
المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية صارا
قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها
مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في ذلك وان شهد اثنان انه
زنى بامراة بالكوفة واخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا
لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد
منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا
الى اتحاد الصورة والمراة وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمراة
معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا
يجب لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون
ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب او لان الواقع
في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد
بحسب ما عنده وان شهد اربعة انه زنى بامراة بالنخيلة عند طلوع الشمس
واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما عنهما
فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق

لانه ظهر كذبهم في شهادتهم واما اذا وجدوا احدهم عبداً او كافراً او محدوداً في قذف لا يمكن ايجاب الضمان على الشاهد لانه لم يتبين كذبه لان العبد والكافر والمحدود في القذف قد يكونون عدولاً في قولهم وعند عدم وجوب الضمان عليهم يجب الضمان على بيت المال لان الضرب انما يثبت والشهادة انما ثبت بقضاء القاضي الا انه لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي ايضاً لانه يعمله فلو يكون الضمان به على من وقع له القضاء ووقع للعامة لان الحدود شرعت زواجر لينزجر العوام عن ارتكاب مثله الى ان زوات فاذا كانت المنفعة يعود اليهم يكون الغرم عليهم ومال بيت المال مال العامة

كل فريق وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع البكارة ومعنى المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبد ليس من اهل التحمل والاداء فلم يثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء وان شهدوا وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق تثبت شبهة عدم الزنا فلهذا يمتنع الحدان ويأتي فيه خلاف الشافعي بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة فهو كالعبد عنده وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتباره وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبداً او محدوداً في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة اذ الشهود ثلثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة وقالا ارش الضرب على بيت المال ايضاً قال رضه معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم وصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة ان الواجب هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحاً ظاهراً الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه لا يجب الضمان عليه في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على

اي لا يورث شبهة سقوط حد القذف فيحد لا كذلك بخلاف ما اذا قذف غيره اي قذف المرجوم غير الشهود بعد الراجع حيث لا يحد القاذف لان المرجوم غير محصن في حق القاذف الذي هو غير الشهود لما ان قضاء القاضي صحيح متقرر في زعم القاذف فكان قذفه واقعاً في حق غير المحصن فلا يجب حد القاذف بخلاف الشاهد الراجع عناية

على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها فان حضر الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضاً معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات ان شاء الله تعالى واما الحد فمذهب علمائنا الثلثة وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفاً بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فيجعل للحال قذفاً للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتنى عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعاً وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد حد الراجع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا تنفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد قبل القضاء ولهذا يسقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعاً وقال زفر رح يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفاً فيحدون وان كانوا خمسة فرجع احدهم فلا شيء عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع

على ما عرف وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود
مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة معناه اذا رجعوا
عن التزكية وعندهما هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا
التزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا
اثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا على احصانه وله ان الشهادة
انما تصير حجة وعاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف
الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بين ما اذا شهدوا
بلفظة الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا
قالوا هم عدول فظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا
ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف
لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه واذا شهد اربعة على رجل
بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا
فعلى القاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة
بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث
شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد
ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا
وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد وتجب
في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية
على بيت المال لانه امتثل امر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه
تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر
امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم
لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة واذا
شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امراة قد ولدت منه
فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود ساير الشرائط لان الحكم
بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة
والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان
رجل وامراتان رجم خلافا لزفر والشافعي رح فالشافعي يمر على اصله ان

روى ان رجلا جاء بابن اخ له الى ابن مسعود رض فاقر عنده بشرب الخمر فقال ابن مسعود رض بئس ولي اليتيم انت لا ادبته صغيرا ولا سترت عليه كبيرا تلتلوه ومزمزوه واستنكهوه فان وجدتم رايحة الخمر فاجلدوه عناية

وفي رواية ترتروه

التلتلة والترترة التحريك وللمزمزة التحريك بالعنف والاستنكاه طلب الكهة

ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر رح يقول انه شرط في
معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة
ولا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء فصار كما اذا شهد ذميان
على ذمي انه زنى عبده المسلم وانه اعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا
ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة من الزنا على
ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة
بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ
لانه ينكره المسلم او يتضرر به المسلم فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون
عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم

باب حد الشرب

ومن شرب
الخمر فاخذ وريحها موجودة او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك
فعليه الحد وكذا اذا اقر وريحها موجودة لان جناية الشرب قد ظهرت
ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عم من شرب الخمر فاجلدوه فان
عاد فاجلدوه وان اقر بعد ذهاب رايحتها لم يحد عند ابي حنيفة و
ابي يوسف وقال محمد يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها لم يحد
عندهما وعند محمد يحد فالتقادم يمنع الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر
بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان
والرايحة قد تكون من غيره كما قيل شعر يقولون لي انكه شربت
مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وعندهما يقدر بزوال الرايحة
لقول ابن مسعود رض فان وجدتم رايحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر
من اقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره
والتمييز بين الروايح ممكن للمستدل وانما يشتبه على الجهال واما الاقرار
فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام
الحد الا عند قيام الرايحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة رض ولا
اجماع الا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرايحة على ما روينا فان اخذه
الشهود وريحها توجد منه او سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام
فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد
المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حد لما روي

ان عمر رض اقام الحد على اعرابي سكر من النبيذ وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار الحد فيه المستحق عليه ان شاء الله تع ولا يحد على من وجد منه رايحة الخمر او تقيأها لان الرايحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رض يفرق على اعضائه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به النص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف ومن اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تع ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله تع ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة قال رض هذا عند ابي حنيفة وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درءا للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تع بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في ساير تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر

باب حد القذف

واذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى قوله فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما تلونا قال ويفرق الضرب على اعضائه لما مر في حد الزنا ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه ينطلق عليه اسم الاحصان قال الله تع فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحراير واما العقل والبلوغ فلان العار لا يلحق الصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما واما الاسلام فلقوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن واما العفة فلان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اباه في اسباب المروة ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد لانه صادق في كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد ايضا لانه قد ينسب اليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين ان شاء الله تع وعندنا ولاية المطالبة ليس بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث

بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت
لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر واذا كان المقذوف محصنا جاز
لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله
معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان
متناولا له صورة ومعنى ولنا انه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد
وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على
الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده والكفر لا ينافي
اهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير
على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا وليس للعبد ان يطالب
مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة
لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد
بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق
السبب وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال
الشافعي لا يبطل ولو مات بعدما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا
له بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف انه فيه حق
الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع
به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا
والمقصد من شرع الزواجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق
الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال
الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع
ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد يتولاه مولاه فيصير
حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق
الشرع الا نيابة وهذا هو الاصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع
المختلف فيها منها الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق
الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها
انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف
في العفو مثل قول الشافعي ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد

العبد ويخرج الاحكام والاول اظهر قال ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل
رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق
الله تعالى لانه لا مكذب له فيه ومن قال للعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به
التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا
ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود
والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخاوته ولو نسبه
الى عمه او خاله او زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى
ابا اما الاول فلقوله تعالى واله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحق واسمعيل
كان عما له والثاني لقوله عم الخال اب والثالث للتربية ومن قال لغيره
زنأت في الجبل وقال عنيت به صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة و
ابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة
قالت امرأة من العرب وارق الى الخيرات زنأ في الجبل وذكر الجبل
يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب
من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة
مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود
مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على
الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ومن قال لآخر يا زاني
فقال لا بل انت فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة عطف
يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا فيه ومن
قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لانهما
قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد وفي البداية بالحد ابطال
اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا
فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد ولو قال لها زنيت بك فلا حد ولا لعان
معناه قالت بعدما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما
لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها
اياه وعدم احصانه ويحتمل انها ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح
لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار

يجب اللعان دون الحد لوجود القذف منه وعدمه منها لمجيئها بما قلنا
ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي
بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه
بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه
حد القذف واذا بطل التكاذب يصار الى الاصل والولد ولده في الوجهين
لاقراره به سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح
بدون الولد وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر
الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امراة ومعها اولاد لا يعرف لهم
اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا
حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهو ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة
نظرا اليها وهي شرط ومن قذف امراة لاعنت بغير ولد فعليه الحد
لانعدام امارة الزنا قال ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه
لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل
فيه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو
الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطء
في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك والحرمة
مؤبدة فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة رح يشترط
ان يكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون
ثابتة من غير تردد بيانه اذا قذف رجلا وطئ جارية بينه وبين آخر
فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امراة زنت في نصرانيتها
لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف
رجلا اتى امته وهي مجوسية او امراته وهي حائض او مكاتبة له فعليه
الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن
زنا وعن ابي يوسف ان وطء المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر
لان الملك زائل في حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول
ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي موقتة ومن قذف رجلا وطئ
امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح ولو

ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية
لمكان اختلاف الصحابة رض ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند
ابي حنيفة وقالا لا حد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم
الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح واذا دخل الحربي دارنا
بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد
ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذي ويكون موجبا اذاه واذا حد
المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعي رح تقبل اذا تاب
وهي تعرف في الشهادات واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة
لان له شهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى
المسلمين لان هذه الشهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف
العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له
اصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده وان ضرب
سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم
للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة
صفة له وعن ابي يوسف انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول
اصح قال ومن قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاولان
فلان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول
قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف
وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل
واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي
ان اختلف المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لان المغلب فيه
حق العبد عنده **فصل في التعزير** ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او
كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان
فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا كافر يا فاسق يا خبيث
او يا سارق لانه اذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب
التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب
به الحد وفي الوجه الثاني الرأي الى الامام ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر

ابو سليمان الجوزجاني عن محمد عن يعقوب عن الحجاج ابن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن عبد الله بن عمرو عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه كان لا يقطع اليد الا في ثمن المجن وهو يومئذ يساوي عشرة دراهم اصل المجهود

لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد شينا وقيل
ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه تلحقهم الوحشة
بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا احسن والتعزير اكثره تسعة وثلثون
سوطا واقله ثلث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين
سوطا والاصل فيه قوله عم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا تعذر
تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف
فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا وابو يوسف اعتبر
اقل الحد في الاحرار اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو
قول زفر وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو ماثور عن علي رض
فقلده ثم قدر الادنى في الكتاب بثلث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر
وذكر مشايخنا ان ادناه على ما يراه الامام يقدره بقدر ما يعلم انه ينزجر
به لانه يختلف باختلاف الناس وعن ابي يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره
وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف
بغير الزنا من حد القذف قال وان راى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير
الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفي
به فجاز ان يضم اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع
في الحد لانه من التعزير قال واشد الضرب التعزير لانه جرى فيه التخفيف من
حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوات المقصود
ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء قال ثم حد الزنا لانه ثابت
بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة ولانه اعظم جناية حتى شرع
فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن به ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال
كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث
الوصف ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل
بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ
بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط
السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي تجب الدية في بيت المال لان
الاتلاف خطاء فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان

لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى
حق الله تعالى بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله اعلم

كتاب السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار
ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف
في الشريعة على ما نبينه ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء
وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار واخذ المال من المالك
مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو
المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من
يقوم مقامه قال اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة
دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل فيه قوله تع والسارق
والسارقة فاقطعوا ايديهما الاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية
لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان
الرغبات تفتر في الحقير وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر
لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي رح التقدير
بربع دينار وعند مالك بثلث دراهم لهما ان القطع على عهد النبي عم ما كان
الا في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلثة دراهم والاخذ بالاقل وهو
المتيقن به اولى غير ان الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد النبي عم
اثني عشر درهما والثلث ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا
لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة وقد تايد ذلك بقوله
عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق
على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو
ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها
انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه
هو المتعارف في عامة البلاد وقوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان
غير الدراهم يعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان
الشبهة دارئة وسنبين الحرز بعد ان شاء الله تع قال والحر والعبد في القطع
سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال

الناس ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد و
قال ابو يوسف لا يقطع الا باقراره مرتين ويروى عنه انهما في مجلسين مختلفين
لانه احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا
ولهما ان السرقة قد ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف
ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد
في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع
في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا
بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق
الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة
وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه
الى ان يسأل عن الشهود للتهمة قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب
كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع لان الموجب سرقة
النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار
الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ
والمغرة والنورة والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد
لا تقطع على عهد النبي عم في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد جنسه مباحا
في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا
تضن به فقلما يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزاجر
ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا
ترى ان الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز
والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك
الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح والطري
وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عم لا قطع في الطير
وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين
وهو قول الشافعي والحجة عليهما ما ذكرناه قال ولا قطع فيما يتسارع اليه
الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عم لا قطع في ثمر ولا كثر

كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عم لا قطع في الطعام والمراد والله
اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيأ للاكل منه وما في معناه كاللحم والثمر لانه
يقطع في الحنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي يقطع فيهما لقوله عم لا قطع
في ثمر ولا كثر واذا آواه الجرين او الجران قطع قلنا اخرجه على وفاق
العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع
قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز
ولا قطع في الاشربة المطربة لان السارق يتأول في تناولها الاراقة
ولان بعضها ليس بمال وفي ماليته بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية
قال ولا في الطنبور لانه من المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية
وقال الشافعي يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف ايضا
انه يقطع اذا بلغت قيمة الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها
ووجه الظاهر ان الآخذ يتأول في اخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية
له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هي
توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب
قال ولا يقطع في ابواب المسجد لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز
بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه
قال ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتأول من اخذها
الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لانه ما اعد للعبادة
فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابي يوسف انه ان كان الصليب في المصلى
لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع
على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي لان الحر ليس بمال وما عليه
من الحلي تبع له ولانه يتأول في اخذ الصبي اسكاته او حمله الى مرضعته وقال
ابو يوسف يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده
فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ او ثريد والخلاف
في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع في سرقة العبد الكبير
لانه غصب او خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحقق ما بحده الا
اذا كان يعبر عن نفسه لانه والبالغ سواء في اعتبار يده وقال ابو يوسف

لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمي من وجه
مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به او بعرض ان يصير منتفعا
به الا انه انضم اليه معنى الآدمية ولا قطع في الدفاتر كلها لان المقصود
ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ
فكان المقصود هو الكاغد قال ولا في سرقة الكلب ولا الفهد لان من جنسهما
يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر
في مالية الكلب فاورث شبهة ولا يقطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا
مزمار لان عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة آخذها يتاول الكسر فيها
ويقطع في الساج والقنا والابنوس والصندل لانها اموال محرزة
لكونها عزيزة عند الناس ولا يوجد بصورتها مباحة في دار الاسلام ويقطع
في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لانها من اعز الاموال وانفسها
ولا يوجد بصورتها مباح الاصل في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت
كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب اواني وابواب قطع فيها لانه بالصنعة
التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة
فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصير البغدادية قالوا
يجب القطع في سرقته لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب
وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه
لا يرغب في سرقته ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا
منتهب ولا مختلس ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله عليه القطع لقوله عم من نبش قطعناه
ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عم لا قطع على المختفي
وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك
للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في
المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه
غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل
فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة
وفيه الميت لما بينا ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو

منهم قال ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم
فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء
لان التاجيل لتاخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار
حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء
منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف انه لا يقطع لان له ان ياخذه عند
بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل
ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد
لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير قيل يقطع لانه
ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد ومن سرق عينا
فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع
وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي لقوله عم فان عاد فاقطعوه
من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر
وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا
ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله
وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا
الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك
قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة
الزاجر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما
اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول قال فان تغيرت عن حالها
مثل ان يكون غزلا فسرقه فقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان
العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل
واذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع
ثانيا

فصل في الحرز والاخذ منه

ومن سرق من ابويه او ولده او ذي
رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول
في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع
الزينة الظاهرة فيها بخلاف الصديق لانه عاداه بالسرقة وفي الثاني
خلاف الشافعي لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق

ومن سرق من بيت ذي رحم محرم منه متاع غيره ينبغي ان لا يقطع
ولو سرق ماله من حرز غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه ومن سرق
من امه من الرضاع قطع وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لانه يدخل عليها
من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى
فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت
بالزنا او التقبيل عن شهوة واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا
لان الرضاع قل ما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب
واذا سرق احد الزوجين من الآخر او العبد من سيده او من زوج
سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين
من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك لا يقطع عندنا خلافا للشافعي
لبسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة
ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع لان له في اكسابه حقا وكذلك السارق
من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن علي رض درءا وتقليلا قال والحرز
على نوعين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز بالحافظ قال رضي الله عنه
الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان
وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق
والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده
متاعه فهو محرز به وقد قطع النبي عم من سرق رداء صفوان من تحت راسه
وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح
لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى
يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج
منه لقيام يده قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذه لزوال
يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا
او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه
حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير مثله لانه ليس
بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى قال ومن سرق شيئا من حرز او من
غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين

ولا قطع على من سرق من حمام او بيت اذن للناس في دخوله لوجود الاذن
عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في ذلك حوانيت التجار
والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن
يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز
بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان
بخلاف الحمام والبيت الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني
للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ ولا قطع على
الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه
ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة
ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد
فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن
شبهة عدم الاخذ وان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة
الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة وان
اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا
واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر خارج البيت
فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة
على المال قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من
كل واحد منهما وعن ابي يوسف ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج
فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده وتناولها من يد الداخل فعليهما
القطع وهي بناء على مسئلة تاتي بعد هذه وان القاه في الطريق
ثم خرج فاخذه قطع وقال زفر لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع
كما لو خرج ولم ياخذه وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا ان
الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ
لقتال صاحب الدار او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل
فعلا واحدا فاذا خرج ولم ياخذه فهو مضيع غير سارق وكذا اذا حمله
على حمار فساقه واخرجه لان سيرها مضاف اليه لسوقه واذا دخل الحرز
جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رض هذا استحسان والقياس

ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان الاخراج منه فتمت السرقة
به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا
لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع
فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد ومن نقب البيت وادخل يده
فيه واخذ شيئا لم يقطع وعن ابي يوسف في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال
من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في
صندوق الصيرفي واخرج الغطريفي ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه
الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول
هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول
وبخلاف ما تقدم من حمل بعضهم المتاع لان ذلك هو المعتاد وان طر
صرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم يقطع لان في الوجه
الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك
الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم
ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب
لانعكاس العلة وعن ابي يوسف انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم
او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة
او الاستراحة فاشبه الجوالق ومن سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع
لانه ليس بحرز مقصود فيتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد
والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان
مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل واخذ منه قطع
لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها
كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه
يحفظه او نائم عليه قطع معناه اذا كان الجوالق في موضع هو ليس بحرز
كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا
لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا
عادة وكذا النوم بقربه منه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ و
صاحبه نائم عليه او حيث يكون حافظا له وهو يؤكد ما قدمنا في [illegible]

وهو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من اعز الدراهم ببخارى

المختار **فصل في كيفية القطع واثباته** قال ويقطع يمين السارق
من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه
ومن الزند لان اسم اليد يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ
متيقن به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع السارق من الزند والحسم
لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والقطع
زاجر لا متلف فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا
لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره
المشايخ وقال الشافعي في الثالثة يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع
رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد
فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة
مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فيكون ادعى الى شرع الحد ولنا قول
علي رضي الله عنه فيه اني لاستحيي من الله تعالى ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها
ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة رضي الله عنهم فحجهم فانعقد
اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر ولانه
نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى
ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي او نحمله على السياسة وان
كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع
لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى
شلاء لما قلنا وكذا ان كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان
منها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام فان كانت اصبع واحدة
سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع لان فوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا
في البطش بخلاف فوت الاصبعين لانهما تنزلان منزلة الابهام في نقصان
البطش قال واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع
يساره فلا شيء عليه عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه في الخطا ويضمن
في العمد وقال زفر يضمن في الخطا ايضا وهو القياس والمراد بالخطا هو
الخطا في الاجتهاد واما الخطا في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا
وقيل يجعل عذرا ايضا له انه قطع يدا معصومة والخطا في حق العباد غير

موضوع فيضمنها قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين
اليمين والخطأ في الاجتهاد عفو ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق
ولا تأويل له لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغي ان يجب
القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي حنيفة انه اتلف واخلف من جنسه
ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم
رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح ولو اخرج
السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم
في العمد عنده عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطأ كذلك على هذه
الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق حتى يحضر
المسروق منه فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق
بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي في الاقرار لان الجناية على
مال الغير لا تظهر الا بخصومته وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان
الاستيفاء من القضاء في باب الحدود وللمستودع والمعير والغاصب
وصاحب الربوا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا
وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع
وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض
على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة
المالك في السرقة من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام
الرهن قبل قضاء الدين او بعده لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه
والشافعي بناه على اصله ان لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر
يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق
القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها
وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة
معتبرة مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفي القطع و
المقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء
فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك
وغاب المرتهن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت بشبهة الا

الاذن في حق دخول الحرز ثابتة وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه
لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم
في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها
وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه ولو
سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درئ عنه القطع بشبهة يقطع
بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب
ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن
ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان
الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع
المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة
بحصول مقصودها فتبقى تقديرا واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة
فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت اليه وكذلك اذا باعها المالك اياه
وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة قد
تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لا يتبين قيام الملك وقت السرقة
فلا شبهة ولنا ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء
عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده
واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها
منه قبل القضاء وكذلك اذا انقصت قيمتها من النصاب يعني قبل
الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد رح انه يقطع وهو قول زفر والشافعي
اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا
يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه
مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلكه كله اما نقصان
السعر غير مضمون عليه فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروقة
ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة معناه بعد ما شهد الشاهدان
بالسرقة وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق
فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى
للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار واذا اقر

رجلان بسرقة فقال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في
حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما
على الشركة فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما
قطع الآخر في قول ابي حنيفة الآخر وهو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع
لانه لو حضر الغائب ربما يدعي الشبهة وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع
ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والعدم لا يورث الشبهة ولا معتبر
بتوهم حدوث الشبهة على ما مر واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة
دراهم بعينها فانه يقطع وترد السرقة الى المسروق منه وهذا عند ابي
حنيفة وقال ابو يوسف يقطع والعشرة للمولى وقال محمد لا يقطع والعشرة
للمولى وهو قول زفر ومعناه اذا كذبه المولى ولو اقر بسرقة مال مستهلك
قطعت يده ولو كان العبد ماذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر لا يقطع
في الوجوه كلها لان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود و
القصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار
على الغير غير مقبول الا ان الماذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة
اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا
ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث
انه مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول
على الغير لمحمد ان اقرار المحجور عليه بالمال باطل ولهذا لا يصح منه بالغصب
فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد في سرقة تؤيده ان المال اصل فيها والقطع
تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع
ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل في التبع بخلاف الماذون لان اقراره
بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف رح انه اقر
بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا
يصح في حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد
سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان كان لا يصدق
في تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة ان الاقرار بالقطع قد
صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء و

والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره و
يستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر لان القطع يجب بالسرقة
من المودع اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع
في الفصول كلها لزوال المانع قال واذا قطع السارق والعين قائمة في يده
ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا
الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة
وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي يضمن
فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع
وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال
فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي ولنا
قوله عم لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان
ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين
انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل
لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع
للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة
لا تظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة
في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان
الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة
في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة
قال ومن سرق سرقات فقطع في احدها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا
عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسئلة
اذا حضر احدهم وان حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن
شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب
ولا بد من الخصومة ليظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع
القطع لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد
حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط الظهور
عند القاضي فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب الا ترى انه يرجع نفعه

الى الكل فيقطع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كان النقصان كلها للواحد ويخاصم
في البعض

باب ما يحدث السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه في الدار
بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف
انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة
وتملك المضمون وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع
ولهما ان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة
اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد ومثله لا يورث
الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان
البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان
واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع
بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث
شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع
بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة فان
سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا
قطع فيه ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم
او دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند
ابي حنيفة رح وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما واصله في الغصب
فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم
يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار
بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبا فصبغه احمر قطع
ولم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون
الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة
ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك
في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك
فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد قائم صورة
ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا وان صبغه

صبغه اسود اخذ منه الثوب في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد
وعن ابي يوسف هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة
ولكنه لا ينقطع حق المالك وعند ابي حنيفة رح السواد نقصان فلا
يوجب انقطاع حق المالك

باب قطاع الطريق

واذا خرج جماعة
ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا
قبل ان يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان
اخذوا مال مسلم او ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد
منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم
وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الامام حدا والاصل
فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله
اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة هذه الثلثة المذكورة والرابعة
نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق
تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي
عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر
الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة
والحالة الثانية كما بيناها لما تلونا وشرط ان يكون المأخوذ
مال مسلم او ذمي ليكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن
لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه
الا بتناوله ما له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي
الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناه لما تلوناه ويقتلون
حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع
والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم
وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم
وقال محمد يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا يوجب حدين
ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم
ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت
الامن على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل

معه في الكبرى حداً واحداً وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في
الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو
ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يترك لانه منصوص عليه والمقصود
التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة
بالصلب فيتخير فيه ثم قال يصلب حياً ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله
عن الكرخي وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقياً عن المثلة وجه الاول
وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به
قال ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس به وعن
ابي يوسف انه يترك على خشبته حتى ينقطع ويسقط ليعتبر به غيره
قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة قال واذا قتل القاطع
فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتباراً بالسرقة الصغرى وقد بيناه قال
فان باشر القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة
وهي تتحقق بان يكون البعض ردءاً للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا
اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قال والقتل وان كان
بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعاً للطريق بقطع المارة
وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالاً وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص
واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه لا حد في هذه الجناية
فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ مالاً ثم جرح قطعت
يده ورجله من خلاف وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقاً لله تعالى سقطت
عصمة النفس حقاً للعبد كما تسقط عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب
وقد قتل عمداً فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه لان الحد
في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان
التوبة يتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس
والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو ويجب الضمان اذا هلك
في يده او استهلكه وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من
المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور في الصبي قول ابي حنيفة و
زفر وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة

الصغرى لان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا
معتبر بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة
قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجباً كان فعل الباقين بعض العلة
وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله
اذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية
واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين
بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو
يخصه اما ههنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا سقط الحد
صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه وان شاؤا قتلوا وان
شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب عليه الحد
لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلاً
او نهاراً في المصر او ما بين الكوفة وبين الحيرة فليس بقاطع الطريق
استحساناً وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي لوجوده
حقيقة وعن ابي يوسف انه يجب اذا كان خارج المصر وان كان بقربه
لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهاراً بالسلاح او ليلاً به او بالخشب
فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن
نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وبقرب منه
لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالاً للحق الى
المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية وان قتلوا فالامر فيه الى
الاولياء لما بينا ومن خنق رجلاً حتى قتله فالدية على العاقلة عند ابي حنيفة
وهي مسئلة القتل بالمثقل وستأتيك في الديات ان شاء الله تعالى وان خنق
في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعياً في الارض بالفساد فيدفع شره
بالقتل

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي
الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام
به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا
المشركين كافة وقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيمة واراد به فرضاً باقياً وهو فرض
على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين

انه تعالى ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن
الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام وان لم يقم به احد اثم جميع الناس
بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من
الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فحينئذ
يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية وقال
في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم
فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام
وهذا لان المقصود عند ذلك لا يحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل
قال وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤنا للعمومات قال ولا يجب الجهاد على
صبي لان الصبي مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج
ولا على اعمى ولا مقعد ولا اقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على
جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى
لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض
الاعيان كما في الصلوة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا
فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج قال ويكره الجعل ما دام للمسلمين
فيء لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين
قال فاذا لم يكن فلا باس بان يقوي بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر
الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عم اخذ دروعا من صفوان وعمر
كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

باب كيفية القتال

قال واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة
او حصنا دعوهم الى الاسلام لما روى ابن عباس رض ان النبي عم ما قاتل
قوما حتى دعاهم الى الاسلام فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود
وقد قال النبي عم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث
وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر رسول الله عليه السلام امراء
الجيوش ولانه احد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق
من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من
العرب فلا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الا الاسلام كـ

قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان بذلوها فلهم ما للمسلمين و
عليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم
كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور
فيه في القرآن والله اعلم ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان
يدعوه لقوله عم في وصية امراء الاجناد فادعهم الى شهادة ان لا اله
الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال
وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة
اثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين او الاحراز بالدار فصار كقتل
النسوان والصبيان ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الانذار
ولا يجب ذلك لانه صح ان النبي عم اغار على بني المصطلق وهم غارون
وعهد الى اسامة رض ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون
بدعوة قال وان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عم في حديث
سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان
ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولان الله تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر
على اعدائه فيستعان به في كل الامور قال ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب
النبي عم على الطائف وحرقوهم لانه عم احرق البويرة قال وارسلوا عليهم الماء
وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت و
الغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا ولا باس برميهم
وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب
عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن
عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وان تترسوا بصبيان المسلمين
او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لانه
ان تعذر التمييز فعلا فلقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوه
منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقترن بالفروض
بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد
بني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان قال ولا باس باخراج النساء
والمصاحف مع المسلمين اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو

السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها
لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف
فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله عم
لا تسافروا بالقران في ارض العدو ولو دخل مسلم اليهم بامان لا باس
بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم
التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ
والسقي والمداواة فاما الشواب فمقامهن في البيوت ادفع للفتنة ولا
يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة ولا
يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء
دون الحرائر ولا تقاتل المراة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده
لما بينا الا ان يهجم العدو للضرورة قال وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا
ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عم لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة
من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين
منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول ولا يقتلوا امراة ولا صبيا ولا شيخا
فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم
ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف
والشافعي رح يخالفنا في الشيخ الفاني والمقعد والاعمى لان المبيح عنده
الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي عم نهى عن قتل الصبيان والذراري
وحين راى النبي عم امراة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت
قال الا ان يكون احد هؤلاء ممن له راي في الحرب او تكون المراة ملكة
لتعدي ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان
القتال مبيح حقيقة ولا يقتلوا مجنونا لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل
دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما
لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وان كان
يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح ويكره ان يبتدئ الرجل اباه
من المشركين فيقتله لقوله تع وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه
احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه امتنع عليه حتى
يقتله غيره لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وان
قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا باس به لان مقصوده
الدفع الا ترى انه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله
لما بينا فهذا اولى

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا راى الامام ان يصالح
اهل الحرب او فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تع
وان جنحوا للسلم فاجنح لها ووادع رسول الله عم اهل مكة عام الحديبية على ان
يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان
خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم
على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه
ترك الجهاد صورة ومعنى وان صالحهم مدة ثم راى نقض الصلح انفع نبذ اليهم
وقاتلهم لان النبي عم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة
لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد
من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال النبي عم في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار
مدة يبلغ خبر النبذ الى جميعهم ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد
علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر قال
وان بدءوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم لانهم صاروا
ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا
الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة
وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه
بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا
ناقضين للعهد لانه باتفاق منهم معنى وان راى الامام موادعة اهل الحرب وان
ياخذ على ذلك مالا فلا باس به لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال
لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن لم يجز لما بينا من قبل والماخوذ
من المال يصرف مصارف الجزية اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا
لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها
ويقسم الباقي بينهم لانه ماخوذ بالقهر معنى واما المرتدون فيوادعهم الامام
حتى ينظر في امورهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تاخير قتالهم طمعا في

اي لملاقاة الامان محله لان محل الامان هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا ثم يتعدى الى غيره اي الامان الى غير الذي امن من اهل الاسلام كما في شهادة هلال رمضان فيلزم عليه الصوم اولا ثم يتعدى منه الى غيره ولهذا يقبل شهادة الفرد فيه لانه غير متهم

اسلامهم ولا يأخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما نبين ولو اخذه
لم يرده لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة
على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعل الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق
المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باي طريق
يمكن ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبي عليه السلام
نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين
فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد
الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا
هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فان النبي عليه السلام امر
ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه **فصل قال** واذا امن رجل حر او امرأة
حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد
من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى
بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو
من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان
سببه لا يتجزى وهو الايمان فكذا الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح
قال الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ الامام اليهم كما اذا امن الامام
بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وامن
واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام الامان لما بينا ويؤدبه الامام
لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتأخير
فكان معذورا **قال** ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على
المسلمين **قال** ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم لانهما مقهوران تحت
ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه
فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا
او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح لنا باب الفتح ومن اسلم في دار الحرب
ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما بينا ولا يجوز امان العبد عند ابي حنيفة الا
ان يأذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي وابو يوسف
معه في رواية ومع ابي حنيفة في رواية لمحمد قوله عليه السلام امان العبد امان رواه

رواه ابو موسى الاشعري رض ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالماذون
له في القتال وبالمؤبد من الامان والايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد
عبادة والامتناع ليتحقق ازالة الخوف به والتاثير اعزاز الدين واقامة
المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة وانما لا يملك
المسايفة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي ح
رحمه الله انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان
محله بخلاف الماذون له في القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك
المسايفة لانه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر
في حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه
سد باب الاستغنام بخلاف الماذون له لانه رضي به والخطأ نادر لمباشرته
القتال وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه
ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسألتهم ذلك واسقاط الفرض
نفع فافترقا ولو امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان
يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا له في القتال
فالاصح انه يصح بالاتفاق **باب الغنائم وقسمتها** واذا فتح الامام
بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين كما فعل
النبي عليه السلام بخيبر وان شاء اقر اهلها عليها ووضع عليهم وعلى
اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رض بسواد العراق بموافقة من الصحابة رض
ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند
حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني
وهذا في العقار اما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به
الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي لان في المن ابطال حق الغانمين او
ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب
لان للامام ان يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا
لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه
يحظى به الذين يأتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا لدوامه
وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ

لم يعمل يخرج عن حد الكراهة قال وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لان النبي عم قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة رح وقالا يفادى بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعي رح لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا وفي السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر ولو كان اسلم الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم اسير في ايديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه وهو مأمون على اسلامه قال ولا يجوز المن عليهم اى على الاسارى خلافا للشافعي رح فانه يقول منّ النبي عم على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيهم فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا واذا اراد الامام العود الى دار الاسلام ومعه مواش فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي يتركها لانه عم نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة ايضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى

يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي لا بأس بذلك واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتني على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهي بتوفيق الله تعالى له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا انه عم نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده ظاهر ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهي كراهة تنزيه عند محمد رح فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا للشافعي رح بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم فيها لان بكل منها يتم الملك فينقطع شركة المدد قال ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي رح في احد قوليه يسهم لهم لقوله عم الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا انه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو قتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رض او تأويله ان يشهدها على قصد القتال قال واذا لم يكن للامام حمولة يحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها قال رضي الله عنه هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا ان الامام اذا وجد في المغنم

حمولة يحمل المغانم عليها لأن الحمولة والمحمول مالهم وكذا إذا كان في بيت المال
فضل حمولة لأنه مال المسلمين ولو كان للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم
في رواية السير الصغير لأنه ابتداء إجارة وصار كما إذا نفقت دابته
في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير لأنه
دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة
في دار الحرب لأنه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي وقد بيّنا الأصل ومن
مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم
بعد إخراجها إلى دار الإسلام فنصيبه لورثته لأن الإرث يجري في الملك
ولا ملك قبل الإحراز وإنما الملك بعده وقال الشافعي رح من مات بعد
استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيّناه ولا بأس
بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام ق رضي الله عنه
أرسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشرطها في أخرى وجه
الأولى أنه مشترك فلا يباح الانتفاع به إلا للحاجة كما في الثياب والدواب
وجه الأخرى قوله عم في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولأن
الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لأن الغازي لا يستصحب
قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي
على أصل الإباحة للحاجة بخلاف السلاح لأنه يستصحبه فانعدم دليل
الحاجة وقد تمس إليه فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم إذا
استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل
فيه كالسمن والزيت ق ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب
ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة إلى جميع ذلك و
يقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتأويله إذا احتاج إليه
بأن لم يكن له سلاح وقد بيّناه ولا يجوز أن يبيعوا شيئا من ذلك ولا يتمولونه
لأن البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وإنما هو إباحة وصار
كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب
والفضة والعروض لأنه لا ضرورة إلى ذلك فإن باعه أحدهم رد
الثمن إلى الغنيمة لأنه بدل عين كان للجماعة وأما الثياب والمتاع فيكره

الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك إلا أنه يقسم
الإمام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدواب والمتاع
لأن المحرم يستباح للضرورة فالمكروه أولى وهذا لأن حق المدد
محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية ولم يذكر القسمة
في السلاح ولا فرق في الحقيقة فإنه إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع
في الفصلين وإن احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما إذا احتاجوا
إلى السبي حيث لا يقسم لأن الحاجة إليه من فضول الحوائج ق ومن أسلم
منهم معناه في دار الحرب أحرز بإسلامه نفسه لأن الإسلام ينافي ابتداء
الاسترقاق وأولاده الصغار لأنهم مسلمون بإسلامه تبعا وكل مال هو
في يده لقوله عم من أسلم على مال فهو له ولأنه سبقت يده الحقيقية
إليه يد الظاهرين عليه ق أو وديعة في يد مسلم أو ذمي لأنه في يد صحيحة
محترمة ويده كيده فإن ظهرنا على الدار فعقاره فيء وقال الشافعي رح
هو له لأنه في يده فصار كالمنقول ولنا أن العقار في يد أهل الدار و
سلطانها إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول
أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول
هو كغيره من الأموال بناء على أن اليد حقيقة لا تثبت على العقار
عندهما وعند محمد تثبت وزوجته فيء لأنها كافرة حربية لا تتبعه في
الإسلام وكذا حملها فيء خلافا للشافعي هو يقول أنه مسلم تبعا كالمنفصل
ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل
لأنه حر لانعدام الجزئية عند ذلك وأولاده الكبار فيء لأنهم كفار حربيون
ولا تبعية ومن قاتل من عبيده فيء لأنه لما تمرد على مولاه خرج من يده
وصار تبعا لأهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان
أو وديعة لأن يده ليست بمحترمة وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو
فيء عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا ق رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف
في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول
محمد لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بإسلامه فيتبعها ماله
فيها وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالإسلام

الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا وآباحة التعرض لعارض شرّه وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتمليك وليس في يده حكما فلم تثبت العصمة واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه انه لا يرده اعتبارا بالمتلصص ولنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز يرد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين لانه عم قسمها ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة وقالا للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعي لما روى ابن عمر رض ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة ما روى ابن عباس رض ان النبي عم اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عم للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روى عن ابن عمر رض ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف يسهم لفرسين لما

لما روى ان النبي عم اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء بن اوس رض قاد فرسين فلم يسهم النبي عليه السلام الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع رض سهمين وهو راجل والبراذين والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والهرب اقوى فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الشافعي على عكسه وهكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة في الفصل الثاني انه يستحق سهم الفرسان فالحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حالة انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامها اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا وراجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ من القتال لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة القتال

عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة
فيه الا انه ينتظر عزته ولا يسهم لمملوك ولا امراة ولا صبي ولا ذمي ولكن
يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام لما روي انه عم كان لا يسهم للنساء والصبيان
والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان عم باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا
من الغنيمة يعني لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهلها والمراة
والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله
منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب
بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم
العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمراة
يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن
حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه
قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق
ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم في الدلالة اذا
كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس
من عمل الجهاد فلا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد واما الخمس فيقسم على
ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل
فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم شيء وقال الشافعي
لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين
ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تع ولذي القربى من غير
فصل بين الغني والفقير ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على
ثلثة اسهم على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة وقد قال النبي عم يا معشر بني هاشم
ان الله تع كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس
والعوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي
عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه عم علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا
في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل ان المراد من النص قرب
النصرة لا قرب القرابة واما ذكر الله تع في الخمس فانه لافتتاح الكلام
تبركا باسمه وسهم النبي عم سقط بموته كما سقط الصفي لانه عم كان يستحقه

يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان النبي عم يصطفيه لنفسه
من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي يصرف سهم النبي
عليه السلام الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه
في زمن النبي عم بالنصرة لما روينا وبعده بالفقر قال رضي الله عنه هذا الذي
ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا
من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة
وجه الاول وقيل هو الاصح ما روي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم
والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء واما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف
الثلثة واذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام
فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هي الماخوذة قهرا وغلبة لا اختلاسا
وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد او الاثنان باذن الامام ففيه روايتان
والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار
كالمنعة وان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم
الامام لانه ماخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم
اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب
عليه نصرتهم **فصل في التنفيل** ولا باس بان ينفل الامام في حالة القتال
ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه او يقول للسرية قد
جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه
قال الله تع يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد
يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل
الماخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف
اليه وقد تكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق
الغير تاكد بالاحراز فيه قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس واذا
لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء وقال
الشافعي رح السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله
عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب الشرع لانه بعث له ولان
القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره

ولنا انه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به
وقد قال عليه السلام لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت
به نفس امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على
الثاني لما رويناه وزيادة الغناء لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه
والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه ق وكذا ما
على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته او على
وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس
بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد
الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي
له فاصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له ان يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت
به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب
الضمان بالاتلاف وقد قيل على هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان
الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء الله تعالى
فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا بسائر املاكهم واذا
غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي لا يملكونها
لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك
على ما عرف من قاعدة الخصم ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد
سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم وهذا لان
العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا
زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز
بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره
اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك
العاجل فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم
بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عليه السلام
فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجدته بعد القسمة فهو

لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق
الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه
الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة
عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة واذا دخل دار الحرب تاجر فاشترى
ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن
الذي اشتراه التاجر وان شاء ترك لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى انه
دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلنا ولو اشتراه بعرض
يأخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لانه ثبت له ملك
خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة
ولا يأخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لا
يأخذه لما بينا وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا ق فان اسروا
عبدا فاشتراه رجل فاخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها
فان المولى يأخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو واما الاخذ بالثمن فلما قلنا
ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو اخذه اخذه بمثله وهو لا يفيد
ولا يحط شيء من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف
الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشتري في يد المشتري
بمنزلة المشترى شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما في الغصب اما هنا
الملك صحيح فافترقا وان اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه
ثانيا وادخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى
الاول ان يأخذه من الثاني بالثمن لان الاسر ورد على ملكه ثم يأخذه الاول
الاول بالفين ان شاء لانه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا اذا كان
المأسور منه الثاني غائبا ليس للاول ان يأخذه اعتبارا بحال حضرته ولا يملك
علينا بالغلبة اهل الحرب مدبرينا وامهات اولادنا واحرارنا ومكاتبينا
ونملك عليهم جميع ذلك لان السبب انما يفيد الحكم في محله والمحل المال المباح
والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف
رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم ارقاء
ولا جناية من هؤلاء واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عندا

ابي حنيفة وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا
لو اخذوه من دار الاسلام ملكوه وله انه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا
لان سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت
يد المولى فظهرت يده على نفسه فصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك
بخلاف المتردد لان يد المولى باقية لقيام يد اهل الدار فيمنع ظهور يده واذا
لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة ياخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا
كان او مشتري او مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال
لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على
المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه وان ند بعير اليهم
فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج من
دارنا بخلاف العبد على ما ذكرناه وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام
فصاحبه ياخذه بالثمن ان شاء فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس
ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله واخرجه الى دار
الاسلام فان المولى ياخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا ياخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبارا
لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد واذا دخل الحربي
دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة
وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد
انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا ولابي حنيفة رح ان تخليص
المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة
وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم
احد الزوجين في دار الحرب واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار
فهو حر وكذا اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روي ان عبيدا
من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا الى رسول الله عم فقضى بعتقهم وقال هم
عتقاء الله ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة
المسلمين اذا ظهر على الدار فاعتبار يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانها
اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات

اليد ابتداء فلهذا كان اولى

باب المستامن

قال واذا دخل
المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ولا من دمائهم
لانه ضمن ان لا يتعرض لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا
والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره
بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير
مستامن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا فان غدر بهم اعني التاجر
فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح
الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به
وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه واذا دخل
المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان هو حربيا او غصب احدهما
صاحبه ثم خرج الينا واستامن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء
اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة اصلا
ولا وقت القضاء على المستامن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من
افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذي
غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك
اذا كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستامنين لما قلنا ولو خرجا
مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب اما المداينة فلانها وقعت
صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام
بالاسلام واما الغصب فلما بينا انه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر
بالرد واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين
امر برد الغصب ولم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما
الامر بالرد فمراده الفتوى به لانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو
نقض العهد واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا
او خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ اما الكفارة فلاطلاق
الكتاب والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض
الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة
ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما

تجب الدية في ماله للعمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطاء لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وان كانا اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجر اسيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطاء عند ابي حنيفة وقالا في الاسيرين الدية في الخطاء والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستيمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة ان بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطاء بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا

فصل واذا دخل الحربي الينا مستامنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا باسترقاق او جزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فيكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه وان مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين واذا اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين فان دخل الحربي دارنا بامان فاشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج الراس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فيعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيتخرج عليه احكام جمة فلا

يتحقق (؟) ولو دخلت حربية دارنا بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج واذا دخل حربي بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها ويرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذا اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه او على ورثته من بعده قال وما اوجف عليه المسلمون من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي عن النبي عم انه اخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى لايجاب الخمس واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امراة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم هنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء اما المراة واولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون كبار وليسوا باتباع وكذا ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل واما اولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا باسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وان اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا

تحت ولاية حين اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال اودعه مسلما
او ذميا فهو له لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المرأة
واولاده الكبار فلما قلنا واما المال الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما
لان يد الحربي ليست يدا محترمة واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم
عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة في
الخطأ وقال الشافعي تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لانه اراق
دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا
لان العصمة اصلها المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعا
والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فيتعلق بما علق
به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير
رقبة مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى
كونه كل المذكور فينتفي غيره ولان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمي
خلق متحملا اعباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة
لها اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت
وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون
النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز
بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار
منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستأمن في دارنا من اهل
دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له او قتل
حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة
لانه قتل نفسا معصومة خطأ فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى
قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمدا فان شاء الامام
قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم
وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله وان
شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عينا
وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح
على المال وليس له ان يعفو لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر

اسقاط حقهم من غير عوض

باب العشر والخراج

قال رضي الله عنه ارض العرب كلها ارض عشر وهي ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى
حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن
الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان لان النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين
لم ياخذوا الخراج من اراضي العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في اراضيهم
كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه ان يقر اهلها
على الكفر كما في سواد العراق ومشركوا العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف
وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة ووضع
على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجمعت الصحابة على وضع الخراج
على الشام قال وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها
لان الامام اذا فتح ارضا عنوة وقهرا له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها
وعلى رؤوسهم الخراج فتبقى الاراضي مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل قال
وكل ارض اسلم اهلها او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض
عشر لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى
العبادة وكذا هو اخف حيث يتعلق بنفس الخارج وكل ارض فتحت عنوة
فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف
على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله عليه السلام فتحها
عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج عليها وفي الجامع الصغير كل ارض
فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء
الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالاراضي
النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او بماء الخراج قال ومن
احيى مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض
الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي
عشرية والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة رضي الله عنهم لان حيز الشيء
يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به
وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون
خراجية لانها من حيز ارض الخراج الا ان الصحابة وظفوا عليها العشر

فترك القياس لاجماعهم وقال محمد ان احيى ببئر حفرها او بعين استخرجها
او بماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية
وكذا اذا احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي احتفرها
الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء
اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها
فيعتبر في ذلك الماء ولان السقي بماء الخراج دلالة التزامه والخراج الذي
وضعه عمر رض على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو
الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل
والنخيل المتصل عشرة دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رض فانه بعث
عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة بن اليمان عليه
مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب ووضع على ذلك
ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا
منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة و
الرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها
وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها قال وما سوى ذلك من الاصناف
كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف
عمر رض وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية
الطاقة ان يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين
الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل ارض
يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وفي ديارنا وظفوا من الدراهم
في الاراضي كلها وترك كذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من
اي شيء كان قال فان لم تطق ما وضع عليها نقصها الامام فالنقصان عند
قلة الريع جائز بالاجماع الا ترى الى قول عمر رض لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق
فقالا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان
واما الزيادة عند زيادة الريع فيجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان وعند ابي
يوسف لا يجوز لان عمر رض لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة قال وان غلب الماء
على ارض الخراج او انقطع عنها او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه

فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج
وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه
ناميا شرط في جميع الحول كما في مال الزكوة او يدار الحكم على الحقيقة عند
خروج الخارج قال فان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان
ثابتا وهو الذي فوته قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه
خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا
يتجرأ الظلمة على اخذ اموال الناس قال ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه
الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن
ابقاؤه على المسلم ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ
منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة اشتروا ارض الخراج وكانوا يؤدون
خراجها فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهية
ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي يجمع بينهما لانهما حقان
مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عم
لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع
بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا و
العشر يجب في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة
وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر
تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف
الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رض
لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل الخارج
باب الجزية قال وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتقدر
بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح النبي عم بني نجران على الف ومائتي حلة
ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما يقع عليه الاتفاق
وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم
فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين درهما ياخذ
منه في كل شهر اربعة دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل
شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما

وهذا عندنا وعند الشافعي رح يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل
الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عم لمعاذ رض خذ من
كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر من غير فصل ولان الجزية انما
وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر
كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير ومذهبنا
منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم احد من المهاجرين
والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة
خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك
يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على انه كان
ذلك صلحا وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين
اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون الآية ووضع النبي عم
الجزية على المجوس قال وعبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي هو يقول
ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل
الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا
انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على
سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه وان
ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع
على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركوا
العرب فلان النبي عم نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة
في حقهم اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعد ما هدي للاسلام ووقف على
محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة
وعند الشافعي يسترق مشركوا العرب وجوابه ما قلنا واذا ظهر عليهم
فنساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة
وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما
ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لانها وجبت بدلا عن القتل او عن
القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية قال ولا زمن ولا اعمى
وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف انه تجب اذا كان له

مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأي قال ولا على فقير غير معتمل خلافا
للشافعي له اطلاق حديث معاذ رض ولنا ان عثمان رض لم يوظفها على
فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولان خراج الارض لا يوظف
على ارض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل قال ولا توضع
على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن
النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ولا يؤدي
عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم قال ولا توضع على الرهبان الذين
لا يخالطون الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد عن ابي حنيفة انه يوضع عليهم
اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رح ووجه الوضع عليهم ان
القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه
الوضع عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم
لاسقاط القتل ولا بد من ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفي بصحته في
اكثر السنة ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذلك اذا مات كافرا
خلافا للشافعي فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل
اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الاجرة و
الصلح عن دم العمد ولنا قوله عم ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة
على الكفر ولهذا سميت جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط
بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا
لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام ولانها وجبت بدلا عن النصرة في
حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت لكونه آدميا
والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى وان
اجتمعت عليه الحولان تداخلت الجزية وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه
خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت السنة الاخرى لم يؤخذ وهذا
عند ابي حنيفة وقالا يؤخذ منه وهو قول الشافعي وان مات عند تمام
السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة اما
مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل
فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت

وامكن استيفاؤه بما نستوفي وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنتين
بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة انها وجبت عقوبة
على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه
في اصح الروايات بل يكلف ان ياتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه
قاعد وفي رواية ياخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعط الجزية يا ذمي
فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانه
وجب بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في
المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفى لحراب قائم في الحال لا
لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه
ثم قول محمد في الجزية في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى حمله بعض
المشايخ على المضي مجازا وقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المضي
ليتحقق الاجتماع فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب
عند ابي حنيفة باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح ان
الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي في اخره اعتبارا بالزكوة
ولنا ان ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر
ايجابه بعد مضي الحول فاوجبناه في اوله **فصل** ولا يجوز احداث بيعة
ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عم لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد
احداثها وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية
لا تبقى دائما ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون
من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة
بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون
القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما
يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها
بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها
اهل الذمة وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله عليه السلام
لا يجتمع دينان في جزيرة العرب **قال** ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن
المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل

الخيل ولا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة
باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي كهيئة الاكف وانما يؤخذون
بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم
مكرم والذمي مهان فلا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن
عليه علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة
يجب ان تكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار
من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان يتميز نساؤهم عن
نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف
عليه سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا
للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فان
لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة التي تقدمت ويمنعون
عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من الجزية
او قتل مسلما او سب النبي عم او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده لان
الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال
الشافعي رح سب النبي عليه السلام يكون نقضا لانه ينقض ايمانه فكذا
ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي عم كفر منه والكفر
المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه **قال** ولا ينتقض العهد الا ان يلتحق
بدار الحرب او يغلبوا على موضع فيحاربوننا لانهم صاروا حربا علينا فيعرى
عقد الذمة عن الفائدة وهي دفع شر الحراب واذا انتقض الذمي العهد فهو
بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا في
حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد **فصل** ونصارى
بني تغلب يؤخذ من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لان عمر رض
صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رض ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من
صبيانهم لان الصلح على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون
الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رح لا يؤخذ من نسائهم ايضا وهو قول
الشافعي رح لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رض هذه جزية فسموها ما شئتم
ولهذا يصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا انه مال وجب بالصلح

والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال
بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا يرى انه لا تراعى فيه شرايطها ويوضع
على مولى التغلبي الخراج اى الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي
وقال زفر يضاعف لقوله عم مولى القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمي
يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل
فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة
لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى
الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغني من اهلها وانما الغنى مانع ولم
يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين
لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه قال وما جباه الامام من الخراج
ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية تصرف في مصالح
المسلمين كسد الثغور وبناء القناطير والجسور ويعطى قضاة المسلمين
وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم
لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لمصالح
المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الاباء فلو لم يعطوا كفايتهم
لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغون للقتال ومن مات في نصف السنة
فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل
القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس و
المفتي

باب احكام المرتدين

واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله
عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه لانه عساه اعتراه شبهة
فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا غير واجب لان
الدعوة بلغته قال ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والا قتل وفي الجامع الصغير
المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلثة
ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يستحب
ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي ان على الامام ان
يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن
شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التامل فقدرناها بالثلث ولنا قوله تعالى

اقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وقوله عم من بدل دينه فاقتلوه
ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه
لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق
الدلايل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا
دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود قال فان قتله قاتل
قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهية هيهنا ترك المستحب
وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة ليس بواجب
واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم وقال الشافعي تقتل لما روينا
ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية متغلظة فيناط بها
عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركه في موجبها ولنا
ان النبي عم نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الاخرة
اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب
ولا يتوجه ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت
المرتدة كالاصلية قال ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق
الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد وفي الجامع
الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها
اما الجبر فلما ذكرنا ومن المولى لما فيه من الجمع بين الحقين ويروى تضرب في كل
ايام مبالغة في الحمل على الاسلام قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا
مراعى فان اسلم عادت على حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما
لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم
والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب
وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه
ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في
حق هذا الحكم فصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على
ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال
ملكه قال فان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته المسلمين
وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة وقالا كلاهما لورثته

وقال الشافعي رح كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو
مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باقي
على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة
سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة انه يمكن الاستناد
في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه
قبلها ومن شرطه وجوده قبلها ثم انما يرثه من كان وارثا له حال الردة وبقي
وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة اعتبارا للاستناد وعنه انه
يرثه من كان وارثا عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه
لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث
بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث
من المبيع قبل القبض وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة
لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها لورثتها
لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة ويرثها
زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت
صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد
وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده
وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته المسلمين
وقال الشافعي رح يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في
دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام
الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت
الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا فلا بد من
القضاء فاذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في الموت
الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد لان اللحاق هو السبب والقضاء
لتقرره بقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رح وقت القضاء لانه يصير موتا
بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا وتقضى الديون
التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وما لزمه في حال ردته من الديون
مما اكتسبه في حال ردته قال رضي الله عنه هذا رواية عن ابي حنيفة وعنه انه يبدأ

بكسب الاسلام فان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه
وجه الاول ان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار
السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة
ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه
ومن شرط هذه الخلافة الفراغ من حق المورث فيقدم الدين عليه اما كسب
الردة ليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه
منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات
ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه
كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص
حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف فحينئذ يقضى
دينه من كسب الاسلام تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد يقضى دينه من الكسبين
لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما قال وما باعه او اشتراه او اعتقه
او وهبه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت
عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ
بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية
وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف
بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد
ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية
والنفاذ الملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك
لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة قبل
الموت لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل
الموت لا يرثه فيصح تصرفاته الا ان عند ابي يوسف تصح كما تصح من
الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار
كالمرتدة وعند محمد رح تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما
معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة
لانها لا تقتل ولابي حنيفة رح انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه

في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا
بغير امان فيؤخذ ويقهر يتوقف تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد
واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فاوجب خللا
في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على
الجناية بخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل فان عاد المرتد
بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه
اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج اليه
فيقدم عليه بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده
ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل
ان يقضي القاضي بذلك فكانه لم يزل مسلما لما ذكرنا واذا وطئ المرتد جارية
نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد
فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه وان كانت الجارية
مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد
فلما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية فالولد يتبع له لقربه
الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت
مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد واذا
لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان لحق ثم رجع
واخذ مالا والحق بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة
رد عليهم لان الاول مال لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى ورثته
بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكا قديما واذا لحق المرتد بدار
الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة
والمكاتبة والولاء للمرتد الذي اسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها
بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي يكون خلفه كالوكيل من جهته وحقوق
العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه فاذا قتل المرتد
رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال
الاسلام خاصة عند ابي حنيفة رح وقالا الدية فيما اكتسبه في الاسلام والردة
لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فيكون في ماله وعندهما الكسبان

الكسبان جميعا ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما
عندهما وعنده مال الكسب في الاسلام لنفوذ تصرفه دون المكسوب في
الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده
واذا قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك
او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية
في ماله للورثة اما الاول فلان السراية حلت محلا غير معصوم فاهدرت
بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار
اما المعتبر قد يهدر بالابراء فكذا بالردة واما الثاني وهو ما اذا لحق ومعناه
اذا قضي بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه
حيوة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض القاضي
بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى قال وان لم يلحق واسلم ثم مات
فعليه الدية كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر في جميع
ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام
الى الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية وردت على محل
معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة وهذا لانه
لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال
انعقاد السبب وفي حال ثبوت الملك وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار
كقيام الملك في حال بقاء اليمين واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب
فاكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه مكاتبته وما بقي
فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا
اذا كان مكاتبا واما عند ابي حنيفة فلان المكاتب انما يملك اكسابه بالكتابة
والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا اكسابه الا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى
وهو الرق فلأن لا يتوقف بالادنى بطريق الاولى واذا ارتد الرجل وامرأته ولحقا
بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد
فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر
الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجبر
تبعا للجد واصله التبعية في الاسلام وهي رابعة اربع مسائل كلها على

الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والاخرى الوصية
للقرابة قال وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويجبر
على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف رح
ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي رح اسلامه ليس باسلام
وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا ولانه
يلزمه احكام يشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رض اسلم في
صباه وصحح النبي عم اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة
الاسلام وهو التصديق والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل على الاعتقاد
على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية
وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي ثم يبتني عليه غيرها فلا يبالي بشوبه
ولهم في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف رح لانه
تعلق به اعلى المنافع على ما مر ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انها موجودة حقيقة
ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له
ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا
في الصبي الذي يعقل والذي لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره
لا يدل على تغيير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل

باب البغاة

واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة الامام دعاهم
الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم لان عليا رض فعل كذلك باهل حروراء
قبل قتالهم ولانه اهون الامرين ولعل الشر يندفع به فيبتدأ به ولا يبدأ
بقتال حتى يبدؤه فان بدؤه قاتلهم حتى يفرق جمعهم قال رض هكذا ذكر القدوري
في مختصره وذكر الامام المعروف بخواهرزاده رح ان عندنا يجوز ان يبدأ
بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يبدؤوا بالقتال
حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس
الكفر مبيح عنده ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع
وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل
ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال
ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر

للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة رح من لزوم البيت محمول على حال
عدم الامام اما اعانة الامام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة قال فان
كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا لشرهم كيلا يلحقوا بهم
وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه
وقال الشافعي رح لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتلهم دفعا
وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليله لا حقيقته قال ولا يسبي لهم ذرية ولا يقسم لهم
مال لقول علي رض يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو
القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير تاويله اذا لم يكن لهم فئة فاما اذا كانت
يقتل الامام الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم
النفس والمال قال ولا بأس بان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج المسلمون اليه وقال
الشافعي رح لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به
الا برضاه ولنا ان عليا رض قسم السلاح فيما بين اصحابه رض بالبصرة وكانت
قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند
الحاجة ففي مال الباغي اولى والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الاعلى
قال ويحبس الامام اموالهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم
اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا يحبسها
عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن ايسر وانظر
واما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها قال وما جباه
اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا
لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم فان كانوا صرفوه في حقه
اجزى من اخذ منه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه
فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك لانه لم يصل الى مستحقه
قال رض قالوا لا اعادة عليهم في الخراج لانهم مقاتلة فكانوا مصارفه وان
كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد بيناه
في الزكوة وفي المستقبل يأخذه الامام لانه يحميهم فيه لظهور ولايته عليهم
قال ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء لانه
لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب

وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا
ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتاويله اذا لم يجر على اهله احكامهم
وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم ينقطع ولاية الامام فيجب القصاص واذا
قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه وان قتله الباغي وقال كنت على
حق وانا الآن على حق ورثه وان قال قتلته وانا اعلم اني على باطل لم يرثه
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين وهو
قول الشافعي رح واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن
ولا ياثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان
عندنا ويأثم وقال الشافعي في القديم انه يجب الضمان وعلى هذا الخلاف اذا تاب
المرتد وقد اتلف نفسا او مالا له انه اتلف مالا معصوما او قتل نفسا معصومة
فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم رواه
الزهري رح ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا
ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتاويلهم وهذا لان
الاحكام لا بد فيها من الالزام او الالتزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن
تاويل ولا الزام لعدم الولاية لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند
عدم التاويل ثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم لانه لا منعة في حق الشارع
اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع من الارث ولابي
يوسف في قتل الباغي العادل ان التاويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع
والحاجة هنا الى استحقاق الارث ولهما فيه ان الحاجة الى دفع الحرمان ايضا
اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاؤه على
ديانته فاذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال
ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم لانه اعانة على المعصية
وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة باس لان
الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا
يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب
وعلى هذا بيع الخمر مع العنب

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به
باعتبار ماله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه و

وان غلب على ظنه ضياعه فواجب قال اللقيط حر لان الاصل في بني آدم
انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت
المال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن التكسب
ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال
والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق
عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية
قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت له حق
الحفظ لسبق يده فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع
الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال
حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب
ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يبتنى عليه
بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه
على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف
احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة
كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو
سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا
اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار
المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما
تبعا للدار وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير
وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون
ما يضره وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان
ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وان كان
الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية
فيه ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض
النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد لقوة اليد الا ترى
ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر
كافرا وفي بعض النسخ اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى ان اللقيط

عبده لم يقبل منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى
عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه ويكون حرا لان المملوك قد تلد له الحرة
فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد
والمسلم من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه قال وان وجد مع اللقيط
مال مشدود عليه فهو له اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو
عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضايع وللقاضي
ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه للقيط ظاهرا
وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد له منه كالطعام والكسوة لانه من باب
الانفاق ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك و
السلطنة قال ولا تصرف في مال اللقيط اعتبارا بالام وهذا لان ولاية
التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالراي الكامل والشفقة الوافرة
والموجود في كل منهما احدهما ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض
ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال ويسلمه
في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله قال ويواجره قال رضي الله عنه وهذا
رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يواجره ذكره
في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه
لا يملك اتلاف منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما نذكره في باب
الكراهية ان شاء الله تعالى

كتاب اللقطة

اللقطة امانة اذا اشهد
الملتقط انه ياخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه
ماذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا
خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذا اذا
تصادقا انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة
ولو اقر انه اخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير
اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الاخذ اخذته للمالك وكذبه
المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا يضمن والقول
قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر
بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع

وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون
المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد
لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس قال وان
كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها
حولا قال رضي الله عنه وهذه رواية عن ابي حنيفة رح وقوله اياما معناه على
حسب ما يرى وقدره محمد في الاصل بالحول من غير فصل بين الكثير والقليل
وهو قول الشافعي ومالك رحمهما الله لقوله عليه السلام من التقط شيئا
فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة
كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف
في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها
في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة
ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى راي المبتلى به وقيل الصحيح ان شيئا
من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى راي الملتقط يعرفها الى ان
يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وان كانت
اللقطة شيئا لا يبقى عرفها حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به وينبغي ان
يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي الجامع فان ذلك اقرب الى الوصول
الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة
وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف
ولكنه مبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح قال فان جاء صاحبها
والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان
وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب
على اعتبار اجازة التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها
قال وان جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى
الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل
باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف
على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه وان شاء
ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع

وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان
شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما
اخذه لانه وجد عين ماله قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال
مالك والشافعي اذا وجد البعير والبقر في الصحراء فالترك افضل وعلى
هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة مخافة
الضياع واذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضي
بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها
وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة فان انفق الملتقط عليها
بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وان انفق
بامره كان ذلك دينا على صاحبه لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا
له وقد يكون النظر بالانفاق على ما نبين ان شاء الله تعالى واذا رفع ذلك
الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من اجرتها
لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد
وان لم يكن لها منفعة وخاف ان يستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ
ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة وان كان الاصلح الانفاق
عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها لانه نصب ناظرا وفي هذا
نظر من الجانبين قالوا انما يامر بالانفاق يومين او ثلثة على قدر ما يرى
رجاء ان يظهر مالكها فان لم يظهر يامر ببيعها لان دارة النفقة مستاصلة
فلا نظر في الانفاق مدة مديدة قال رض وفي الاصل شرط اقامة البينة فيه
وهو صحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده ولا يامر فيه بالانفاق وانما يامر
في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء وان قال
لا بينة لي يقول القاضي له انفق عليها ان كنت صادقا فيما قلت حتى يرجع
على المالك ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب
وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع على المالك بعدما
حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع على المالك وهذه رواية
وهو الاصح قال واذا حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر
النفقة لانه حي بنفقته فصار كانه استفاد الملك من جهته فاشبه المبيع

واقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا
ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكها في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلكت
بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن قال ولقطة الحل والحرم سواء وقال
الشافعي رح يجب التعريف الى ان يجيء صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم ولا تحل
لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله عم اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير
فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء ملك المالك من وجه
فيملكه كما في سائرها وتاويل ما روي انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف والتخصيص
بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا واذا حضر
رجل فادعى اللقطة لم يدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل
للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي
يجبر والعلامة مثل ان يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها
لهما ان صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف
لوجود المنازعة من وجه ولا يشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه
ولنا ان اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق الا بحجة وهو البينة اعتبارا
بالملك الا انه يحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عم فان جاء صاحبها
وعرف عفاصها وعددها فادفعوها اليه وهذا للاباحة عملا بالمشهور وهو
قوله عم البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا كان يدفعها اليه
استيثاقا وهذا بلا خلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث
غائب عنده رح واذا صدقه قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة
وقيل يجبر لان المالك هنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهر ولا يتصدق
باللقطة على غني لان المأمور به هو التصدق لقوله عم فان لم يأت يعني صاحبها
فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة وان كان
الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وقال الشافعي رح يجوز لقوله عليه السلام
في حديث ابي رض فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فانتفع بها وكان
من المياسير ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه
فيه ولنا انه مال الغير فلا يباح الانتفاع به الا برضاه لاطلاق النصوص
والاباحة للفقير لما رويناه او بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني

محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى
لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع الغني انما يباح باذن الامام وهو جائز باذنه
وان كان الملتقط فقيرا فلا بأس بان ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر
من الجانبين ولهذا جاز الدفع الى فقير غيره وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه
او زوجته وان كان هو غنيا لما ذكرنا

كتاب الاباق

الآبق اخذه
افضل في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك
وقيل تركه افضل لانه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ
الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم
اذا رفع الآبق اليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق
الاباق ثانيا بخلاف الضال ق ومن ردّ الآبق على مولاه من مسيرة ثلثة ايام
فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما فان رده لاقل من ذلك فبحسابه
وهذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي
لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال ولنا ان الصحابة رضي الله تعالى عنهم
اتفقوا على وجوب اصل الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم
من اوجب دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما
دونه توفيقا وتلفيقا ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذ الحسبة
نادرة فيحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في
الضال فامتنع ولان الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق
لانه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر
باصطلاحهما او يفوض الى رأي القاضي وقيل يقسم الاربعون على الايام
الثلثة اذ هي اقل مدة السفر ق وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضي
بقيمته الا درهما ق رضي الله عنه وهذا قول محمد رح وقال ابو يوسف رح له
اربعون درهما لان التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا
يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه ولمحمد رح
ان المقصود حمل الغير على الرد ليحيى مال المالك فينقص درهم ليسلم
له شيء تحقيقا للفائدة وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا
كان الرد في حيوة المولى لما فيه من احياء ملكه ولو ردّا بعد مماته لا جعل

لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد اب
المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان
هؤلاء يتبرعون بالرد عادة فلا يتناولهم اطلاق الكتاب ق وان ابق
من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده لكن هذا اذا اشهد وقد ذكرناه
في اللقطة ق رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ انه لا شيء له وهو صحيح ايضا لانه
في معنى البائع من المالك ولهذا كان له ان يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل
بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا اذا مات في يده لا شيء عليه
لما قلنا ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق كما في العبد المشترى
وكذا اذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وان كان له حكم البيع لكنه
بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز ق وينبغي
اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده على مالكه فالاشهاد حتم فيه على قول
ابي حنيفة ومحمد رح حتى لو رده من لم يشهد وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان
ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه فصار كما اذا اشتراه من الآخذ او اتهبه
او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه
ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن ق وان كان الآبق رهنا
فالجعل على المرتهن لانه احيا ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها
والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حيوة الراهن و
بعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل
الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن
لان حقه بالقدر المضمون وصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء
وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل
والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقر
له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه وعلى
الاولياء ان اختاروا الدفع لعودها اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب
له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت
بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل
في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد

كتاب المفقود

كتاب المفقود

قال وإذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو أم ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لأن القاضي نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود بهذه الصفة فصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لا خفاء أنه يقبض غلاته والدين الذي أقر به غريم من غرمائه لأنه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لأنه أصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عروض في يد رجل لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه إنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وإنه لا يملك الخصومة بلا خلاف إنما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين وإذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وإنه لا يجوز إلا إذا رآه القاضي وقضى به لأنه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لأنه تعذر عليه حفظه صورة ومعنى فينظر لحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها لأنه لا ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ممكن

قال وينفق على زوجته وأولاده الصغار من ماله وليس هذا الحكم مقصوراً على الأولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والأصل أن كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لأن القضاء حينئذ يكون إعانة وكل من لا يستحقها في حضرته إلا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لأن النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الأول الأولاد الصغار والإناث من الأولاد الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الأخ والأخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لأن حقهم في المطعوم والملبوس فإذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر في هذا الحكم بمنزلتهما لأنه يصلح قيمة كالمضروب وهذا إذا كانت في يد القاضي فإن كانت وديعة أو ديناً ينفق عليهم منهما إذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب وهذا إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فإن كانا ظاهرين لا حاجة إلى الإقرار وإن كان أحدهما ظاهراً الوديعة أو الدين أو النكاح والنسب يشترط الإقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح فإن دفع المودع بنفسه أو من عليه الدين بغير أمر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لأنه ما أدى إلى صاحب الحق ولا إلى نائبه بخلاف ما إذا دفع بأمر القاضي لأن القاضي نائب عنه

قال وإذا كان المودع والمديون جاحدين أصلاً أو كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب أحد من مستحقي النفقة خصماً في ذلك لأن ما يدعيه للغائب لم يتعين سبباً لثبوت حقه وهو النفقة لأنها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود

قال ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك رحمه الله إذا مضى أربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لأن عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة وكفى به إماماً ولأنه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتباراً بالإيلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار أخذ المقدار منهما الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملاً بالشبهين ولنا قوله عم في امرأة المفقود إنها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت أو طلاق خرج بياناً للبيان المذكور في المرفوع ولأن النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي كرم الله وجهه ولا معتبر بالإيلاء لأنه كان طلاقاً معجلاً فاعتبر في الشرع مؤجلاً فكان موجباً للفرقة ولا بالعنة لأن الغيبة تعقب الأوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة

قال فإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رضي الله عنه وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي ظاهر الرواية تقدر بموت الأقران وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والأقيس أن لا يقدر بشيء والأرفق أن يقدر بتسعين وإذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت معاينة إذ الحكمي معتبر بالحقيقي ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لأنه لم يحكم بموته فيها فصار كما إذا كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود أحداً مات في حال فقده لأن بقاءه حياً في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك إذا أوصى

للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به
ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه
وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن
ابن وبنت ابن والمال في يد اجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان
الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى
ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك
ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه
توقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر
ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن
يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في
المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهي باتم من هذا والله اعلم

كتاب الشركة

الشركة جائزة لانه عليه السلام بعث والناس يتعاملونها فقررهم
عليها قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين
التي يرثها الرجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب
الآخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة
تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب الرجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء
او اختلط مالهما من غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التمييز
رأسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن
غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه
وقد بينا الفرق في كفاية المنتهي والضرب الثاني شركة العقود وركنها
الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر
قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة
ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي
اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما
شركة المفاوضة فهو ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما
ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما امر
الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم شعر لا يصلح

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا اي
متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد
به ما يصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح الشركة فيه وكذا في
التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الآخر فات التساوي وكذا
في الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا
وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي رح وقال مالك رح لا اعرف ما المفاوضة
ووجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك
بانفراده فاسد ووجه الاستحسان قوله عم فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا
الناس يتعاملون بها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في
المضاربة ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام
حتى لو بينا جميع ما يقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى قال فيجوز بين
الحرين الكبيرين مسلمين او ذميين لتحقق التساوي وان كان احدهما
كتابيا والآخر مجوسيا يجوز ايضا لما قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك
ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف
والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك
الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال ولا بين المسلم والكافر وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يجوز للتساوي بينهما في الوكالة
والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي
والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه
يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف
فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها المسلم
لا يصح ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام
صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك
كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون
عاما قال وتنعقد على الوكالة والكفالة اما الوكالة فلتحقيق المقصود وهو
الشركة في المال على ما بينا واما الكفالة فلتحقيق المساواة فيما هو من موجب
التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال وما يشتريه كل واحد منهما

يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا الادام لان
مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قايم مقام صاحبه في التصرف وكان
شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى
عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه
على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس
ان يكون على الشركة لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء المشتري
بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما
ادى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما قال وما يلزم كل واحد منهما
من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة
فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستيجار ومن القسم الآخر
الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال ولو كفل
احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يلزمه لانه
متبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد الماذون والمكاتب ولو صدر
من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة
انه تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على
المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء تتضمنه المفاوضة
وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره ويصح من الثلث من المريض بخلاف
الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة انه
يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عينها لا حكم البدل حتى
لا يصح فيه الاجل فلا يتحقق المعاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم
صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول
على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رح
لانه معاوضة انتهاء قال وان ورث احدهما مالا تصح فيه الشركة او وهب
له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة
فيما يصلح راس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه
فيما اصابه لانعدام السبب في حقه الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة
ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وان ورث احدهما عروضا

عروضا فهو له ولا يفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا تصح فيه الشركة فلا يشترط
المساواة فيه **فصل** قال ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير و
الفلوس النافقة وقال مالك يجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا
كان الجنس واحدا لانها عقدت على راس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف
المضاربة لان القياس يابا ها لما فيها من ربح ما لم يضمن فيقتصر على مورد
الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما راس ماله
وتفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم
يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته
اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولان اول التصرف في العروض البيع وفي
النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز
وشراء احدهما شيئا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جايز و
اما الفلوس النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا
قول محمد لانها ملحقة بالنقود عنده حتى لا يتعين بالتعيين ولا يجوز
بيع اثنين بواحد باعيانهما على ما عرف اما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
لا يجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير
سلعة ويروى عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة
صحة المضاربة بها قال ولا يجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر و
النقرة فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وذكر في الجامع الصغير ولا
يكون المفاوضة بمثاقيل ذهب وفضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية
التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح راس المال في المضاربات والشركات
وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد
بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية يصلح راس المال فيهما وهذا لما عرف انهما
خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للتجارة في الاصل
لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا تصرف الى
شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالها ثمنا فينزل التعامل بمنزلة
الضرب فيكون ثمنا ويصلح راس المال ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول
المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط

ولكل واحد منهما متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك
عند ابي يوسف والشركة شركة ملك لا شركة عقد وعند محمد تصح شركة
العقد وثمرة الخلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل
في الربح فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف لانه يتعين بالتعيين بعد الخلط
كما يتعين قبله ولمحمد انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع
من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين
بخلاف العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير
والزيت والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بالاتفاق والفرق لمحمد رح ان
المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم
فيتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب
القضاء م واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله
بنصف مال الاخر ثم عقدا الشركة م رضي الله عنه وهذه شركة ملك لما بينا
ان العروض لا يصلح راس مال الشركة وتاويله اذا كانت قيمة متاعيهما على
السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به
الشركة م واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهو ان
يشترك اثنان في نوع بز او طعام او يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران
الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا ينعقد على
الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعتراض يقال عن له اي اعترض وهذا لا
ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح
التفاضل في المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح ان
يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز
لان التفاضل فيه يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين
والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر
راس المال ولان الشركة عندهما في الربح للشركة في الاصل ولهذا يشترطان
الخلط فصار بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا قوله عليه السلام
الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما
يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق

واهدى او اكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل
بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة
ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا
العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما
وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من
غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما م ويجوز
ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال
ليس بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح الا بما بينا ان المفاوضة
تصح به للوجه الذي ذكرناه ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دنانير
ومن جهة الاخر دراهم وكذا من احدهما دراهم بيض ومن الاخر سود وقال زفر
والشافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط
ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى م وما اشتراه
كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الاخر لما بينا انه يتضمن الوكالة
دون الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق م ثم يرجع على شريكه بحصته
منه معناه اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من
مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي
وجوب المال في ذمة الاخر وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه م واذا هلك
مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان المعقود
عليه في عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك
المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة
لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما
عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي
بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته
فيبطل العقد لعدم فائدته وايهما هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر
وكذا اذا هلك في يد الاخر لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك
على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من المالين وان اشترى احدهما بماله
وهلك مال الاخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين

وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك
مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد
حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشتري فلا ينتقض
بهلاك المال بعد تمامها ق ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى
نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى احدهما
باحد المالين اولا ثم هلك مال الآخر اما اذا هلك مال احدهما ثم اشترى الآخر
بالمال الآخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشتري مشترك بينهما
على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان
مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من
الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان
المشتري للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة بحكم الوكالة التي
تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرحا بالوكالة
لانها مقصودة ق ويجوز الشركة وان لم يخلطا المال وقال زفر والشافعي
لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في
الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط
تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يعمل لرب
المال فيستحق الربح عمالة على عمله اما ههنا بخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى
يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي
في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال ولنا ان الشركة
في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من
تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير
لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه
في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون
الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا
يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل ق ولا تجوز
الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع
الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة ق و

ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد
في عقد الشركة ولان له ان يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض
دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا ق ويدفعه
مضاربة لانها دون الشركة فتتضمنها وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك
لانه نوع شركة والاول اصح وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة
وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره باجر بل اولى لانه تحصيل
بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع
مثله ق ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع
التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك
ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله
ق ويده في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل
والوثيقة فصار كالوديعة ق واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل
فالخياطان والصباغان يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب
بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال الشافعي وزفر لا يجوز لان هذه شركة
لا تفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة
في الربح تبتني على الشركة في المال على اصلهما على ما قررناه ولنا ان المقصود
منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا في
النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل و
المكان خلافا لمالك وزفر فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا
يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز
لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته
اليه وصار كشركة الوجوه ولكنا نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لان الربح
عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال العمل والربح مال فكان بدل العمل
والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم بخلاف شركة الوجوه
لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن
لا يجوز الا في المضاربة ق وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم
شريكه حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ

الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس
خلافه لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه
الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله كل
واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ
تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل قال واما
شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما
ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت به لانه لا يشترى بالنسيئة الا
من له وجاهة عند الناس وانما تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة
والوكالة في الابدال واذا اطلقت يكون عنانا لان مطلقه ينصرف اليه
وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة
التقبل قال وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما اشتراه لان التصرف على الغير
لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولا ولاية فتعين الاولى فان شرطا ان المشترى
بينهما نصفان فالربح كذلك يجوز ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا
ان يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق
الا بالمال او بالعمل او بالضمان ورب المال يستحقه بالمال والمضارب
بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا
يستحق بما سواها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه
لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان
على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه
ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة وشركة الوجوه ليست
في معناها بخلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل في
مال صاحبه فيلتحق بها

فصل في الشركة الفاسدة

قال ولا تجوز الشركة
في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو
له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة
متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المباح باطل لان امر الموكل به
غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك
لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما
في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل
وان عمل احدهما واعانه الآخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او
قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند
ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه قال واذا اشتركا
ولاحدهما بغل وللآخر راوية ليستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح
الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان صاحب
البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما فساد الشركة
فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح
اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي فقد استوفى منافع ملك الغير وهو
البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره وكل شركة فاسدة فالربح
فيها على قدر راس المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال
فيتقدر بقدره كما ان الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما
تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على قدر راس المال واذا
مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها
تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل
بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت
على ما بيناه من قبل ولا فرق بينهما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم
لانه عزل حكمي واذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد
الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي

فصل

وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس
التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد
منهما فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن
كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف المامور باداء الزكوة
اذا تصدق على الفقير بعدما ادى الآمر بنفسه لهما انه مامور بالتمليك
من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا
وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه فصار كالمامور

بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الآمر لم يضمن
المأمور علم اولا ولابي حنيفة رح انه مأمور باداء الزكوة والمؤدى الى الفقير
زكوة فصار مخالفا وههنا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة
الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل
باداء وعري اداء المأمور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي
واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه
وهو ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار
وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم
الاحصار **قال** واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية
فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع عليه بنصف
الثمن لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع صاحبه بنصيبه
كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن
بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا
على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن
غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لان الوطي لا يحل الا بالملك
ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه
بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك
مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا
دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع
ان يأخذ بالثمن ايهما شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة و
المفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او
يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف رح
يزول الملك بمجرد القول وقال محمد رح لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه
اليه **قال** رضي الله عنه الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة واوقفتها
بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق
بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق بالمعدوم لا

يجوز فلا يجوز الوقف عنده اصلا وهو الملفوظ في الاصل والاصح
انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين
على حكم ملك الله تع فيزول ملك الواقف عنه الى الله تع على وجه تعود
منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يورث واللفظ ينتظمهما و
الترجيح بالدليل لهما قوله عليه السلام لعمر رض حين اراد ان يتصدق
بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا تباع ولا توهب ولا تورث ولان
الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد
امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تع اذ له نظير في الشرع
وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة رح قوله عم لا حبس عن فرائض الله تع
وعن شريح رض جاء محمد صلوات الله عليه ببيع الحبيس ولان الملك باق
فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه
للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها
ونصب القوام فيها الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه
يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه
لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف
الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز
الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تع **قال** رضي
فارغ الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به حاكم او يعلقه بموته وهذا
في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح
انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية
بالمنافع مؤبدا فيلزمه والمراد بالحاكم المولى فاما الحاكم ففيه اختلاف
المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد
الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة وعندهما يلزم الا انه يعتبر
من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما
يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الشافعي بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط
الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولي لان حق الله تع انما يثبت فيه
في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تع وهو مالك الاشياء لا يتحقق

مقصوداً وقد يكون تبعاً لغيره فيأخذ حكمه فيتنزل منزلة الزكوة والقبض فاذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال رضي الله عنه وقوله خرج من ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره قال ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة واما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد ايضاً لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة ايضاً عند ابي يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما في غاية القبح بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلاً في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره بجهة لا تنقطع ابداً وقال ابو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد كالعتق واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلاً له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التابيد شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف لا يشترط ذكر التابيد لان

لان لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التابيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتاً وقد يكون مؤبداً فمطلقه لا ينصرف الى التابيد فلا بد من التنصيص قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رضي الله عنه وهذا على الارسال قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعاً ما لا يثبت مقصوداً كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعاً اولى وقال محمد رح يجوز حبس الكراع والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله تعالى وابو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عم واما خالد فقد حبس ادرعاً له وافراساً في سبيل الله وطلحة رض حبس دروعه في سبيل الله ويروى اكراعه والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها وعن محمد انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والمر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف رح لا يجوز لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رح يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى رح انه وقف كتبه الحاقاً لها بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليماً وتعلماً وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد رح وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه الكراع والعقار والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على

اصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين فكان معنى
القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما قال واذا صح الوقف لم يجز
بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف فيطلب الشريك القسمة
فيصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة فلانها
تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة
الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا و
تمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان
الولاية الى الواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له
فالذي يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري
ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما
ولو كان في القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف
وان اعطي جاز ويكون بقدر الدراهم شراء قال والواجب ان يبتدأ
من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف او لم يشترط لان قصد
الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط
العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى
بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر
بهم واقرب اموالهم هذه الغلة فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه
وآخره للفقراء فهو في ماله اي مال شاء في حيوته ولا يؤخذ من الغلة لانه
معين يمكن مطالبته وانما تستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على
الصفة التي وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت
غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة
والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء آخر الا برضاه ولو كان الوقف
على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول اصح
لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة
قال وان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج
بالضمان على ما مر وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فان امتنع من
ذلك او كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها باجرتها واذا عمرها ردها الى

من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب
السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا والاول اولى ولا يجبر الممتنع
على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة
ولا يكون امتناعه رضى منه ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا تصح
اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه
الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج
الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل
مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها والا امسكها
حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر
اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل
الى مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف
لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيه انما حقهم في المنافع والعين
حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال واذا جعل الواقف غلة
الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف رح قال رضي الله عنه
ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز
عند ابي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازي
وبه قال الشافعي رح وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في
اشتراط القبض والافراز وقيل هي مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا
شرط البعض لنفسه في حيوته وبعد مماته للفقراء وفيما اذا شرط الكل
لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض او الكل
لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء و
المساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو
الصحيح لان اشتراطه لهم في حيوته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد رح
ان الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراطه
الكل او البعض لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة
المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه ولابي يوسف ما روي
ان النبي عم كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل

الا كل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى
على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل
ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما
اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او
يشرب منه او يدفن فيه ولان مقصوده قربة وفي الصرف الى نفسه
ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط الواقف ان
يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف رح
وعند محمد الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف
ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف وعند محمد الوقف باطل
وهذا بناء على ما ذكرنا واما فصل الولاية فقد نص فيه على قول ابي يوسف رح
وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في وقفه وقال
اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له
ولاية قال مشايخنا رحمهم الله الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من
اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية
فيه ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل
ان لا تكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس
الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى
بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه
اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط الولاية لنفسه وكان الواقف
غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينتزعها من يده نظرا للفقراء
كما له ان يخرج الوصي للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا
للقاضي ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع
فبطل

فصل

واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه
بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند ابي
حنيفة عن ملكه اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فيه
فلانه لا بد من التسليم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويشترط تسليم نوعه
وذلك في المسجد بالصلوة فيه او لانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود

المقصود مقامه ثم يكتفي بصلوة الواحد فيه في رواية عن ابي حنيفة رح
وكذا عن محمد لان فعل الجنس متعذر فيشترط ادناه وعن محمد انه تشترط
الصلوة بالجماعة لان المسجد بني لذلك في الغالب وقال ابو يوسف يزول ملكه
بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد
فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل
قال ومن جعل مسجدا تحته سرداب او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق
وعزله فله ان يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد
متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس
وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد
لان المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد رحمه الله
على عكس هذا لان المسجد معظم فاذا كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر
تعظيمه وعن ابي يوسف انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد
ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة وعن محمد انه حين دخل
الري اجاز ذلك كله لما قلنا قال وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا
واذن للناس بالدخول فيه يعني له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد ما
لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع
فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد انه لا يباع
ولا يوهب ولا يورث اعتبره مسجدا وهكذا عن ابي يوسف انه يصير
مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه
الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير ذكر قال ومن اتخذ
ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه تجرد عن
حق العباد وصار خالصا لله تعالى وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط
العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق
ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف لانه اسقاط
منه فلا يعود الى ملكه وعند محمد رح يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته
لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا
استغني عنه الا ان ابا يوسف رح يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى

ط البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي يتعدى بنفسه وبحرف الجر يقال باعه الشيء وباعه منه والشراء كذلك من الاضداد قال الله تعالى وشروه بثمن بخس اي باعوه ويقع في الغالب على اخراج الثمن عن الملك قصدا وانما جمع المصدر على تاويل انواعه كبيع العين بالعين ويسمى مقايضة ويكون كل واحد منهما مبيعا وثمنا وبيع العين بالثمن وهو المطلق وبيع الثمن بالثمن وهو الصرف وبيع الدين بالعين وهو السلم وبيع المساومة وهو البيع بثمن يتفقان عليه وبيع المرابحة وهو البيع بالثمن الاول وزيادة وبيع التولية وهو البيع بالثمن الاول بلا زيادة وبيع الوضيعة وهو البيع بالنقصان عن الثمن الاول والكل مشروع اذ البيع ينطلق على الكل قيل ان انواع البيع ترتقي الى عشرين نوعا او اكثر والكل مذكور في النهاية

مسجد اخر ق ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة لانه لم ينقطع حق العبد عنه الا ترى ان له ان ينتفع به ويسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم او الاضافة وعند ابي يوسف يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد رح اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفي بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر والحوض ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقد قيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه يصح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقد قيل هو بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة وان جعل دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين او جعل دارا له في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة وللمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها لما بينا الا ان الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه الغني والفقير والفارق هو العرف في الفصلين فان اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في النزول والشرب والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله اعلم

كتاب البيوع

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هنالك وقوله رضيت او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق المراضاة ق واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع عنه لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل ق ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى طعاما من يهودي الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة والآخر يسلمه في بعيدها ق ومن اطلق الثمن في البيع كان على

غالب نقد البلد لأنه المتعارف وفيه التحري للجواز فيصرف إليه فإن كانت
النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدها وهذا إذا كان الكل
في الرواج سواء لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة إلا أن ترتفع الجهالة
بالبيان أو يكون أحدها أروج وأغلب فحينئذ يصرف إليه تحريا للجواز
وهذا إذا كانت مختلفة في المالية فإن كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي
والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع
إذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان لأنه
لا منازعة ولا اختلاف في المالية ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة و
مجازفة وهذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام إذا اختلف النوعان
فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا ولأن
هذه الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة ويجوز بإناء بعينه
لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لأن الجهالة لا تفضي إلى
المنازعة لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لأن التسليم
فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة رح
أنه لا يجوز في البيع أيضا والأول أصح وأظهر ق ومن باع صبرة طعام كل
قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة إلا أن يسمي جميع
قفزانها وقالا يجوز في الكل في الوجهين له أنه تعذر الصرف إلى الكل
لجهالة المبيع والثمن فيصرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة
بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس ولهما أن هذه الجهالة بيدهما
إزالتها ومثلها غير مانع كما إذا باع عبدا من عبدين على أن المشتري
بالخيار ثم إذا جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة فللمشتري الخيار
لتفرق الصفقة عليه وكذا إذا كيل في المجلس أو سمى جملة قفزانها لأنه
علم ذلك الآن فله الخيار كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ومن باع قطيع
غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة رح وكذلك من باع
ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود
متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا
غير أن بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وفي بيع

قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة إلى المنازعة فيه
وتفضي إليها في الأول فوضح الفرق ق ومن ابتاع صبرة على أنها مائة قفيز
بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الموجود
بحصته وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود
وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين والقدر
ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة أو أرضا على أنها
مائة ذراع بمائة فوجدها أقل فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن
وإن شاء ترك لأن الذرع وصف في الثوب ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض
والوصف لا يقابله شيء من الثمن كأطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن
بخلاف الأول لأن المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته إلا أنه يتخير
لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وإن وجدها
أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لأنه صفة فكان
بمنزلة ما إذا باعه معيبا فإذا هو سليم ولو قال بعتكها على أنها مائة ذراع بمائة
درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها
بحصتها من الثمن وإن شاء ترك لأن الوصف وإن كان تابعا لكنه صار
أصلا بإفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لأنه لو أخذه بكل
الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم وإن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء
أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع لأنه إن حصل له الزيادة
في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وإنما يلزمه
الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذا بالمشروط ق
ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة
وقالا هو جائز وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما
أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم وله أن الذراع اسم
لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم
بخلاف السهم ولا فرق عند أبي حنيفة بينما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم هو
الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على أنه عشرة
أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن ولو بين

لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة
لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان
ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا
احدهما مروى حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد لانه جعل القبول
في المروى شرطا للعقد في الهروى وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط
في المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع
بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رح في الوجه
الاول ياخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه بتسعة ان شاء
وقال ابو يوسف في الوجه الاول ياخذه باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة
ان شاء وقال محمد في الاول ياخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة
ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه
فيجري عليه حكمهما ولابي يوسف انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع
منزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة ان الذراع وصف في الاصل
وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم
الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد
على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز
بيع ذراع منه **فصل** قال ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه
لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار
فيكون تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل
به للقرار فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل
للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع
الا ان يشترط المبتاع لقوله صلى الله عليه وسلم من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة
للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا
للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها
زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا
كان فيه متاع وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع
لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع وصار كما

كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا التسليم واجب كما
ذكرنا حتى يترك باجر وتسليم العوض بتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان
الثمر بحال له قيمة او لم تكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع لان بيعه يجوز
في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت
الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها
كالمتاع ولو نبت ولم يصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقيل يدخل وكان هذا
بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل ولا يدخل
الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير
هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا لما قلنا وان لم يقل من
حقوقها او من مرافقها يدخلان فيها واما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فلا يدخل
الا بالتصريح به لانه بمنزلة المتاع ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز
البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني وقد قيل لا يجوز
قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا
لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على
النخل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة
في صفقة وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا
وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف لما قلنا واستحسنه محمد للعادة
بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى
من الارض او الشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل
وان تركها بغير اذنه يتصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها
بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة
وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت الادراك
طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن
معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه
حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو
اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم
المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول

قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ وللمخلص ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة على ملكه ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رضي الله عنه قالوا هذا رواية الحسن وهو قول الطحاوي اما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلى في قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلى الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عم انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع بينهما كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا لانه لا يدرى قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه واجرة الكيال وناقد الثمن على البايع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البايع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى انه يكون بعد الوزن والبايع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم

قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البايع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبايع والمشتري ولهما الخيار ثلثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روى ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري كان يغبن في البياعات فقال له النبي صلعم اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه عم اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رح ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة خلافا لزفر هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست اليه للانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة على اصله في الملحق به ونفي الزيادة على الثلث وكذا محمد في تجويز الزيادة وابو يوسف اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس آخر واليه مال زفر وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط الفاسد اولى وجه الاستحسان ما بينا

قال وخيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم

مع الخيار ولهذا لو اعتقه ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان
قبضه باذن البايع فلو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه بالقيمة
لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي
مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البايع انفسخ
البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع المطلق وخيار المشتري لا
يمنع خروج المبيع عن ملك البايع لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان
الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون
الآخر ق الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه لانه لما خرج
عن ملك البايع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد
لنا به في الشرع ولابي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل
المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل
له في الشرع لان المعاوضة تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا
للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة فيه ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه
من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت النظر ق فان هلك في يده هلك
بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ووجه الفرق
انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك
والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع
الرد حكما لخيار البايع فيهلك والعقد موقوف ق ومن اشترى امرأته على
انه بالخيار ثلثة ايام لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان
وطيها له ان يردها لان الوطي بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطي
ينقصها وهذا عند ابي حنيفة وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطيها
لم يردها لانه وطيها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسئلة
اخوات كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها
عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه
اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان
اشتريت لانه يصير كالمنشي للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها
ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزاء به من الاستبراء عنده ولو ردت بحكم

الخيار الى البايع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت
بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد
له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البايع ثم اودعه
عند البايع فهلك في يده في المدة هلك من مال البايع لارتفاع القبض بالرد
لعدم الملك وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك
ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابرأه البايع عن الثمن في المدة
بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والماذون له يليه وعندهما
بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله
ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار
عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها
فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم ق ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ
وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان
يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وهو
قول الشافعي والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ
من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه
وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع
فلا يعرى عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فيلزمه
غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبايع او لا يطلب لسلعته
مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه
وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط
وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط
ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم
به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ ق واذا مات من
له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي يورث عنه لانه
حق ثابت لازم في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا
ان الخيار ليس الا مشية وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل
الانتقال بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث

فاما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك غيره لا ان يورث الخيار ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جايز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفسخ في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف يعتبرهما ومن باع عبدين بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمسماية على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين والرابع ان يعين ولا يفصل فالعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع او لجهالة الثمن ومن اشترى ثوبين على ان يأخذ ايهما شاء بعشرة وهو

وهو بالخيار ثلثة ايام فهو جايز وكذلك الثلثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان ان شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البايع من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع بالثلث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة في الثلث لتعين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلث عنده وبمدة معلومة ايتها كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والآخر امانة والاول تجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث فاما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى بجنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة رحمه الله خاصة واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب

وخيار الرؤية لهما لان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط
باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه ولان المبيع خرج عن ملكه غير معيب
بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس
من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضاء برد احدهما لتصور اجتماعهما
على الرد ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري
بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه لان هذا وصف
مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي
به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا
يفسد العقد بعدمه بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات
وصف السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء
من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه
وان شاء رده وقال الش رح لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول
ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة
بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة
الوصف في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده
لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية
بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضاء بالشيء قبل العلم
باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية قال ومن باع ما لم
يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار
العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضاء زوالا وثبوتا
ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا
بالزوال وجه المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلم يثبت دونه وروي
ان عثمان بن عفان رض باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل
لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان
انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم
فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رض ثم خيار الرؤية غير

موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب او
تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير
او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل
الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب
حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله
قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة
الرضا قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه
الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع
المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو
دخل في البيع اشياء فان كان لا تتفاوت آحاده كالمكيل والموزون و
علامته ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي
اردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان تتفاوت آحاده كالثياب
والدواب لا بد من رؤية كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل فيما
ذكره الكرخي وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة
اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية
لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية
الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود
في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية
غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رح
وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية
لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود
قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذلك اذا رأى
خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج وعند زفر رح لا بد من دخول
داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان
دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار
للتفاوت فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر
المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند

ابى حنيفة رح فقالا هما سواء وله ان يرده ق رضي الله عنه معناه الوكيل
بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه
توكل بالقبض دون اسقاط الخيار ولا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب
والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو يراه
وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا
يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل
فاذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا
بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع
بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه
لا يسقط بقبضه لان الاختبار وهو المقصود بالخيار يكون بعده
فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما عليه تبليغ الرسالة
ولهذا لا يملك القبض اذا كان رسولا في البيع او الشراء ق وبيع الاعمى و
شراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد ذكرناه من
قبل ثم يسقط خياره بجس المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان
يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير ولا يسقط خياره
في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن
ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه فقال قد رضيت سقط
خياره لان التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين
يقام مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة واجراء الموسى مقام الحلق
في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل وكيلا بالقبض وهو يراه وهذا
اشبه بقول ابي حنيفة رح لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا قال
ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له ان يردهما لان
رؤية احدهما لا يكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما
لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام
وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا
يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل ق ومن مات
وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه

في خيار الشرط ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة
التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته
يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلم مرئيه لعدم الرضاء به وان وجده متغيرا
فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكأنه لم يره وان اختلفا
في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت
المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية
لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله ق ومن اشترى عدل
زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك
خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة
قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لان
الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسئلة
ولو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رح
وعن ابي يوسف رح انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتماد القدوري رح

باب خيار العيب

قال اذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار
ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف
السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان
يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد
العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر
عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد به عيب كان عند البائع ولم
يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضاء به ق وكل ما اوجب
نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك
بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول في الفراش
والسرقة عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ
ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره
فله ان يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره وهذا
لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر
لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب

والسرقة لعلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير
من يعقل فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا قال والجنون
في الصغير عيب أبدا ومعناه إذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد
المشتري فيه أو في الكبر يرده لأنه عين الأول إذ السبب في الحالين متحد وهو
فساد الباطن وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لأن الله تعالى
قادر على إزالته وإن كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال والبخر والدفر
عيب في الجارية لأن المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس
بعيب في الغلام لأن المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به إلا أن يكون من داء لأن
الداء عيب قال والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لأنه يخل بالمقصود
في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو
الاستخدام إلا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا لأن اتباعهن يخل بالخدمة
قال والكفر عيب فيهما لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ولأنه يمنع صرفه في بعض
الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يرده
لأنه زوال العيب قال فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو
عيب لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع
أقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة فيها عند أبي حنيفة ويعرف ذلك
بقول الأمة فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح
قال وإذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله
أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لأن في الرد إضرارا بالبائع لأنه خرج
عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع
بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضي بالضرر قال
ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالنقصان لأنه امتنع الرد
بالقطع فإنه عيب حادث فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك لأن
الامتناع لحقه وقد رضي به فإن باعه المشتري لم يرجع بشيء لأن الرد غير
ممتنع برضى البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان
فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو لت السويق بسمن ثم اطلع
على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في

في الأصل بدونها لأنها لا تنفك عنه ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست
بمبيعة فامتنع أصلا وليس للبائع أن يأخذه لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه
فإن باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلا
قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا إن من اشترى ثوبا فقطعه
لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على العيب لا يرجع بالنقصان ولو كان
الولد كبيرا يرجع لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها
بالتسليم إليه قال ومن اشترى عبدا فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع
بنقصانه أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله وأما
الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل
وفي الاستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك لأن الآدمي ما خلق في الأصل
محلا للملك وإنما يثبت الملك فيه موقتا إلى الإعتاق فكان إنهاء فصار
كالموت وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر
والتدبير والاستيلاد بمنزلته لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمي
وإن أعتقه على مال لم يرجع بشيء لأنه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل
وعن أبي حنيفة رح أنه يرجع لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض فإن قتل المشتري
العبد أو كان طعاما فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة رح أما القتل فالمذكور
ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه يرجع لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم
دنياوي فصار كالموت حتف أنفه فيكون إنهاء ووجه الظاهر أن القتل
لا يوجد إلا مضمونا وإنما يسقط الضمان هنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد
به عوضا بخلاف الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبدا
مشتركا وأما الأكل فعلى الخلاف عندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى
هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق لهما أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه
ويعتاد فعله فيه فأشبه الإعتاق وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في
المبيع فأشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا ألا يرى أن البيع مما
يقصد بالشرى ثم هو يمنع الرجوع فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا
الجواب عند أبي حنيفة رح لأن الطعام كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما
أنه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض

قال ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده
فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا
يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان
ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب
دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الش رح يرده لان الكسر بتسليط قلنا
التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه
ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن قليل
فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وان كان
الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع
بين الحر والعبد قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبل
بقضاء القاضي باقرار او ببينة او باباء يمين له ان يرده على بائعه لانه فسخ
من الاصل فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار
مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة
وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على
الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فينفسخ الثاني
لا ينفسخ الاول فان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع
جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع
الصغير وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم
الذي باعه وبهذا يتبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء
وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام العيب
عند البائع الاول قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على
دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري بينته لانه انكر وجوب دفع
الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه
بازاء تعين المبيع ولانه لو قضي بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء
فلا يقضى به صونا للقضاء فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف
البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس
في الدفع كثير ضرر به لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه قال ومن

فيه تغيير عبارة الجامع الصغير

اذا ادعى المشتري اباق العبد المشتري وكذبه البائع فالقاضي لا يسمع دعوى المشتري حتى يثبت وجود العيب عنده فان اقام بينة انه ابق
عنده يسمع دعواه ويقول للبائع هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري فان قال نعم رده عليه
وان انكر وجوده عنده او ادعى اختلاف الحالة يقول القاضي للمشتري الك بينة فان اقامها عليه رده عليه وان لم يكن له
بينة وطلب اليمين يستحلف انه لم يابق عنده. عناية

ومن اشترى عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة
انه ابق عنده والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان
قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته
بالحجة فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق قط كذا قال في
الكتاب وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله
ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر
للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول
ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه وقت
التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف
البائع بالله ما يعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما فاختلف المشايخ على قول
ابي حنيفة رح ولهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب عليه
التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليس تصح
الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين يحلف
عندهما للرد على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه اذا كان الدعوى في اباق
الكبير يحلف بالله ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب
رده بعد البلوغ قال ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع
بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري
لان الاختلاف وقع في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا
اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا ومن اشترى عبدين صفقة
واحدة وقبض احدهما ووجد بالآخر عيبا فانه يأخذهما او يدعهما لان الصفقة
تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد
فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى
عن ابي يوسف انه يرده خاصة والاصح انه يأخذهما او يردهما لان تمام الصفقة
تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء
الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده
خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان
العادة جرت بضم الجيد الى الرديء فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط

ولنا انه تفريق بعد التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي
خيار الرؤية والشرط لا يتم به على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان
يرد الآخر قال ومن اشترى شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا
رده كله او اخذه ومراده بعد القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد
فهو كشيء واحد الا ترى انه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا
كان في وعاء واحد وان كان في وعائين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء
الذي وجد فيه العيب دون الآخر ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي
لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا
العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض اما لو كان قبل القبض
له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام وان كان ثوبا فله الخيار لان
التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل
والموزون قال ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها او كانت دابة
فركبها في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار
الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب
مسقطا وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري لها علفا
فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء
العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون
العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا
قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده ويأخذ
الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق وعلى
هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البايع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق
عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البايع سبب القتل والقطع
وانه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند
تعذر رده وصار كما اذا اشترى حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع
بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البايع
والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق وصار
كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما

وما ذكر من المسألة ممنوعة ولو سرق في يد البايع ثم في يد المشتري فقطع بهما
فعندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضا البايع
للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البايع فبثلاثة الارباع لان اليد
من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احدهما الرجوع فيتنصف ولو
تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما
في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه لانه
بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم
بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع
قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم
العيوب بعددها وقال الشافعي رح لا تصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء
عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد
وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان
كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل في
هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رح وقال
محمد رح لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رح لانه يقول ان البراءة تتناول الثابت
ولابي يوسف رح ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك
بالبراءة عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

قال واذا كان احد
العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير
والخمر وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال رضي الله عنه هذه فصول جمعها وفيها
تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر
لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا
عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة
المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع
في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي
القبض فيه باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا
من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة رح والثاني قولهما
كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند

اتصال القبض ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيه وفيه خلاف
الشافعي رح وسنبينه بعد هذا ان شاء الله تع وكذا بيع الميتة والدم والحر
باطل لانها ليست اموالاً فلا يكون محلاً للبيع واما بيع الخمر والخنزير ان
كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين معين
فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا تملك عين الخمر والخنزير ووجه
الفرق ان الخمر مال وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لما
ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصوداً اعزاز له
وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصود لكونها وسيلة
لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلاً بخلاف ما اذا
اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه
اعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر
حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب
لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة ق وبيع ام الولد والمدبر
والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد
لقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال
لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى
ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان
والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رح
وقد ذكرناه في العتاق فان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان
عليه عند ابي حنيفة رح وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض
بجهة البيع فيكون مضموناً عليه كساير الاموال وهذا لان المدبر وام الولد
يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد
نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به وله ان جهة البيع انما تلحق
بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب
وليس دخولهما في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما
فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم الدخول
فيما ضمه اليه كذا هذا ق ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاده لانه باع ما

ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم
ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا
اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك فيه ق ولا بيع الطير
في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله من يده فغير مقدور التسليم ق ولا
بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه
غرراً ق ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية
الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره ق ولا الصوف على ظهر الغنم
لانه من اوصاف الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف
القوايم لانها تزيد من الاعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف
متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح ان النبي عم نهى عن بيع الصوف
على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف رح في هذا
الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه ق وجذع في سقف وذراع من ثوب
ذكر القطع او لم يذكره لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة
دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن متعيناً لا يجوز لما ذكرنا
وللجهالة ايضاً ولو قطع البايع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري
يعود صحيحاً لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البزر في البطيخ
حيث لا يكون صحيحاً وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما احتمالاً
اما الجذع فعين موجود ق وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب
الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غرراً ق وبيع المزابنة وهو بيع التمر على
النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصاً لانه صلعم نهى عن المزابنة والمحاقلة
فالمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصاً
ولانه باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كان موضوعين
على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رح يجوز فيما دون خمسة
اوسق لانه عليه السلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها
تمراً فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية لغة وتاويله ان يبيع المعرى له
ما على النخيل من المعرى بتمر مجذوذ وهو بيع مجازاً لانه لم يملكه فيكون براً
مبتدأ ق ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه

بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة اى يتساوما
فاذا لمسها المشتري او نبذها اليه البايع او وضع المشتري عليها حصاة
لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع المنابذة والثالث القاء الحجر
وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر
ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان يأخذ ايهما
شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه ق ولا يجوز بيع المراعي ولا
اجارتها والمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه
بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت
على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا
اولى ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز اذا
كان محرزا وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه
وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير
والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع
كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي رح ق ولا
لا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رح لانه من الهوام وعند ابي يوسف رح
يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد رح يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به
ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز لمكان الضرورة
وقيل ابو يوسف رح مع ابي حنيفة كما في دوده والحمام اذا علم عددها وامكن
تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي
عليه السلام ولانه لا يقدر على تسليمه ق الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده
لان المنهي بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا
غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم
وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان اشهد
على اخذه لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض المبيع ولو
كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان
فبعه مني فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه
ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام

لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة رح انه يتم العقد
اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز
عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد رح ق ولا يجوز بيع
لبن امرأة في قدح وقال الشافعي يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء
الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر
الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف رح انه يجوز بيع لبن الامة
لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها
فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل القوة التي هي ضده وهو الحي ولا
حيوة في اللبن ق ولا بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة
له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد
مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف
وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف رح
ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها
ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز
ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة
والمستوصلة الحديث وانما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزاد في قرون النساء
وذوائبهن ق ولا بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال النبي
عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب
الصلوة ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ
وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها
وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت
لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رح
وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به ق واذا كان السفل
لرجل وعلوه لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه
لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل
للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا
في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ رحمهم الله لانه حظ من الماء ولهذا يضمن

بالاتلاف ولم يقسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب قال وبيع الطريق
وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسألة تحتمل وجهين بيع
رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق
بين المسألتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما اما المسيل
فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني ففي بيع حق
المرور روايتان ووجه الفرق على احديهما بينه وبين حق التسييل ان
حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح
فهو حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق
التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو
البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض
فاشبه الاعيان قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف
ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتني على
الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رح وهو ان الاشارة مع التسمية
اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى فيبطل لانعدامه وفي
متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف
كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي مسئلتنا الذكر والانثى
من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب
فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس جنسان والوذاري
والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما ومن اشترى جارية
بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان
ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رح يجوز لان الملك
قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع
بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها
لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت
واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع
رسول الله عليه السلام ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا
وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض

بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة
ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها من البائع قبل
ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل
في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون
مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى
في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه
باعتبار شبهة الربوا او لانه طار لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة
فلا يسري الى غيرها قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه
مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح
عنه بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني
يقتضيه قال ومن اشترى سمنا في زق ورد الظرف وهو عشرة ارطال
فقال البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه
ان اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا
كان او امينا وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن
فيكون القول للمشتري لانه ينكر الزيادة قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع
خمر او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز على المسلم وعلى
هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده لهما ان الموكل
لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه
باشره بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة رح ان العاقد هو الوكيل باهليته و
ولايته وانتقال الملك الى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما
ثم ان كان خمرا يخللها وان كان خنزيرا يسيبه قال ومن باع عبدا على ان
يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد
لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط ثم جملة المذهب
فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد
لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري
العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا او لانه يقع

بسبب المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده ولو كان لا يقتضيه العقد
ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع
المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا يؤدي
الى المنازعة اذا ثبت هذا نقول هذه الشروط لا يقتضيها العقد لان
قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك
وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رح وان كان يخالفنا في العتق ويقيسه
على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن
يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق
صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة رح وقالا يبقى فاسدا حتى
يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما اذا تلف بوجه
آخر ولابي حنيفة ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما
ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منهٍ للملك والشيء بانتهائه يتقرر
ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم يتحقق
الملائمة فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة فيترجح جانب الجواز
فكان الحال قبله موقوفا (قال) وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا
او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له
هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه عليه السلام
نهى عن بيع وسلف ولانه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون
اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع وقد نهى صلى الله عليه وسلم
عن صفقتين في صفقة (قال) ومن باع عينا على ان لا يسلمها الى راس الشهر
فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا
لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون الاعيان ومن اشترى جارية
الا حملها فالبيع فاسد والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه
من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله
خلقة وبيع الاصل يتناولها فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح
فيكون شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة
البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يتمكن في

في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد
لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشروط
الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا
والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن
بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها (قال) ومن اشترى ثوبا
على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقتين في صفقة على ما مر
ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع فاسد (قال) رضي الله عنه
ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار
كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع (قال) والبيع الى النيروز والمهرجان
وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة
الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا
يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر النصارى بعد ما
شرعوا في صومهم لان مدة صومهم بالايام معلومة فلا جهالة (قال) ولا يجوز
البيع الى قدوم الحاج وكذلك الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز
لانها تتقدم وتتأخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة اليسيرة
متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولانه
معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان يكفل بما ذاب على
فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا في
وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات حيث يجوز
لان هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك
اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد ولو باع الى هذه الآجال
ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم
الحاج جاز البيع ايضا وقال زفر لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار
كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل
تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف
ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب

العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله
في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص
حقه قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في
العبد والشاة الذكية وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره
صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلثة وقال زفر رح فسد فيهما
ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر له الاعتبار
بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد
بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح
بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة رح وهو الفرق بين
الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة
واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف
النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اما البيع في هؤلاء فموقوف وقد دخلوا
تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب
برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا
البيع فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل
القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء
ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فصل في احكامه

قال واذا قبض المشتري
المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما
مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي رح لا يملكه وان قبضه لانه محظور
فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيده
قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع
صدر من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية
والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال فيه الكلام والنهي يقرر المشروعية
عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع وبه ينال نعمة الملك وانما
المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا

كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد
فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح
فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة ليست
بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر وهو ان في الخمر
الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض
باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد
استحسانا هو الصحيح لان البيع منه تسليط على القبض فاذا قبضه في مجلس
العقد قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة
في مجلس العقد استحسانا وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما
مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة
والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم
فاما في ذوات الامثال يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب
وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى قال ولكل واحد من المتعاقدين
فسخه دفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ
امتناعا عنه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان
الفساد لشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا
انه لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط قال فان باعه المشتري نفذ بيعه
لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني
ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته على حق الشرع ولان
الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا
يعارضه بمجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف
المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان
في حق المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال ومن اشترى عبدا
بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه فهو جائز وعليه القيمة
لما ذكرنا انه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فيلزمه
القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن
نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك

الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع
الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال
وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع
مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به
حتى يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حيوته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته
كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها يتعين في
البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ
مثلها لما بينا قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها
عند ابي حنيفة رح رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في
الرواية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا
الاختلاف لهما ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى
القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء
فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد بهما الدوام وقد حصل بالتسليط
من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد
منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك
يعقوب رح في حفظ الرواية عن ابي حنيفة رح وقد نص محمد رح على الاختلاف
في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء
وثبوته على الاختلاف قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا
فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق
ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم
والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن
الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث
لعدم الملك فعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يشمل النوعين لتعلق العقد فيما
يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع
او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى
شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال وكذلك اذا ادعى
على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي

المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين
وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا
يتعين

فصل فيما يكره

ونهى النبي عليه السلام عن النجش وهو ان يزيد
في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا قال وعن
السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم غيره ولا يخطب
على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى المتعاقدان
على مبلغ الثمن في المساومة فاما اذا لم يركن احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد
ولا باس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا قال وعن تلقي الجلب
وهذا اذا كان يضر باهل البلد وان كان لا يضر لا باس به الا اذا لبس السعر
على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر قال وعن بيع الحاضر للبادي
فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلد في قحط
وعوز وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما
اذا لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام الضرر قال والبيع عند اذان الجمعة قال
الله تعالى وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا
الاذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة قال وكل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع
لان الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة قال
ولا باس ببيع من يزيد وتفسيره ما بيناه وقد صح ان النبي عليه السلام باع
قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه نوع منه قال
ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك
ان كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها
فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة ووهب عليه السلام لعلي رضي الله عنه
غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال
عليه السلام ادرك ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستانس بالصغير
وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع من
التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة
المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ولا يدخل فيه
الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر

على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين
له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق
لا بأس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور
اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به قال فان فرق كره ذلك وجاز العقد
وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع
ذلك لما روينا فان الامر بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما
ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فشابه
كراهية الاستيام وان كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى
ما ورد به النص وقد صح انه عليه السلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين
اختين

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول لقوله عليه السلام
من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد حقهما فيملكان
رفعه دفعا لحاجتهما فان شرط اكثر منه او اقل فالشرط باطل ويرد مثل
الثمن الاول والاصل فيه ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في
حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فيبطل وهذا عند ابي حنيفة رح وعند
ابي يوسف هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فيبطل
وعند محمد هو فسخ الا اذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن
فيبطل لمحمد رح ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال اقلني عثرتي فيوفر
عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا يرى انه بيع في حق
ثالث ولابي يوسف رح انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع
ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب ويثبت به الشفعة وهذه احكام
البيع ولابي حنيفة ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال
الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر
لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فيتعين البطلان وكونه بيعا في حق
الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة
اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول اذا شرط الاكثر فالاقالة
على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فيبطل
الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الزيادة

يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في الرفع
وكذا اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة
بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون
بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رح وعند محمد جعله بيعا ممكن فاذا
زاد كان قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف رحمه الله لانه
هو الاصل عنده وعند محمد رح هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن
بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف
ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا ولو اقال بغير جنس
الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح ويجعل التسمية
لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة
باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة
قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وكذا عند
ابي يوسف في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان
البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة
وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع
دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه
ولو تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان
البيع باقيا

باب المرابحة والتولية

قال المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول
بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول
من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة
الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان
يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب
القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن
شبهتها وقد صح ان النبي عليه السلام لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رض بعيرين فقال
النبي عم ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال اما بغير ثمن فلا **قال**
ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو
ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك

البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على
الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال
وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال ويجوز ان يضيف الى رأس المال
اجرة القصار والصباغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف
جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عرف التجار ولان كل ما يزيد في
المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان
الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف
باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون
كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ
لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجر التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى
فيه وهو حذاقته فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند
ابي حنيفة رح ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة
في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف يحط فيهما وقال محمد يخير
فيهما لمحمد ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج
وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي
يوسف ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن
الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء
على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال
وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رح انه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية
لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط
تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير
فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات
الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف
خيار العيب لانه يطالب بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه قال
ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل
ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشترى بعشرة وباعه بخمسة

عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة
ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة
اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد
الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما
اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رح ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة
لانه يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة
كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح
لشبهة الحطيطة فيصير كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة
بخلاف اذا تخلل ثالث لان التأكيد حصل بغيره قال واذا اشترى العبد المأذون
له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر
فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان
في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة
وبقي الاعتبار للاول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل
الاول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال واذا
كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من
رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع
وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رح مع انه اشترى ماله
بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع
الفائدة ففيه شبهة العدم الا يرى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر
البيع الثاني عدما في حق نصف الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت
او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن
لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط
شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسألة فيما اذا لم ينقصها
الوطء وعن ابي يوسف رح في الفصل الاول انه لا يبيعه مرابحة من غير بيان كما اذا
احتبس بفعله وهو قول الشافعي رح اما اذا فقأ عينها بنفسه او فقأه اجنبي
فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها
شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها

الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة
من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه قال
ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري
فان شاء قبل وان شاء رده لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد في
الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين
فباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل
هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم لزمه بالف
ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن قال فان كان ولاه اياه ولم يبين رده
ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول
فان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا وعن ابي يوسف انه يرد القيمة
ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم
بعد الانفاق وسنبينه من بعد وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما
ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان
المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال قال ومن ولى رجلا
شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن
فان اعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه
لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار
كتاخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح
ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله
لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

فصل

قال ومن اشترى شيئا مما ينقل
ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض ولان
فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا يجوز رجوعا الى اطلاق
الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من
اهله في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر
المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة
قيل على هذا الخلاف ولو سلم فالمعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها

وهلاكها غير نادر قال ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله
او اتزنه ثم باعه مكايلة او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله
حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري
فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط
وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه
مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان الزيادة
له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل
البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط
ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير
المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري
قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به
لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع
الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عددا
فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن
ابي حنيفة رح لانه لا يحل له الزيادة على المشروط قال والتصرف في الثمن قبل
القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك
لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في
الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق
بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي
رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه
لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد
وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا
مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى
وصف مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى
ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد
العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف
حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق

وهذا الحديث مشهور تلقته العلماء بالقبول والعمل به ومدار هذا الحديث على اربعة نفر من الصحابة عمر ابن الخطاب وعبادة بن الصامت وابي سعيد الخدري ومعاوية بن ابي سفيان رضي الله عنهم مع اختلاف الفاظهم وانه معلول باجماع القايسين خلافا لاصحاب الظواهر لانهم لا يرون القياس حجة فقصروا حكم الربوا على الاشياء الستة مسند

لا يكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة فيباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بما بقي في الحط وان كان للشفيع ان ياخذه بدون الزيادة لان في الزيادة ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا قال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار موجلا لان الثمن حقه فله ان يوخره تيسيرا على من عليه الا يرى انه يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار موجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظة الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصي

باب الربوا

قال الربوا محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه متفاضلا فالعلة عندنا الكيل مع الجنس والوزن مع الجنس قال رح ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم معلول باجماع القايسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط

الشهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل وصيانة لاموال الناس عن التوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد العاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا ولان في اعتباره سد باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما ذكر اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي العلة هو الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية قال واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والاصل فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة النساء

باحدهما وقال الشافعي رح الجنس بانفراده لا يحرم النساء لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ق وكل شيء نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام في معلوم ق وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ق وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء ومعناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ق وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا لل

شافعي رح في بيع الطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هي التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت رح وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المالية بخلاف النقد والمؤجل ق ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي رح يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر ق ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحهما وقال محمد رح لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالي بالكالي وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء ق ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رح متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة ق ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف رحهما وقال محمد رح اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون

نصف هذا الكتاب

اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم وصار كالخل بالسمسم قلنا اذا باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه اوينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدي اليه رطب اوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان بغير تمر فباخره وهو قوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رواياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل وابو حنيفة رح يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لانه ليس بتمر فان هذا الاسم له من اول ما ينعقد صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا فالشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضان وكذا العراب مع البخاتي قال وكذا البان البقر والغنم وعن الشافعي انهما جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم يتبدل بالصنعة قال وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة رح انه لا خير فيه والفتوى على الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتاخر وعند محمد يجوز بهما للتعامل وعند ابي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال ولا ربوا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان ماذونا له ولم يكن عليه دين وان كان عليه دين لا يجوز لان ما في يده ليس ملكا للمولى عند ابي حنيفة وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستامن

منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب
ولان مالهم مباح في دارهم فبأي طريق اخذه المسلم اخذ مالاً مباحاً اذا
لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظوراً بحكم الامان

باب الحقوق قال ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الاعلى الا ان يشتريه
بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه او منه ومن اشترى
بيتاً فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو
والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه
اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت
اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعاً لمثله فلا يدخل فيه الا
بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع
ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه
تبعاً عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو
في جميع ذلك لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم
الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة
لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل
من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف ومن اشترى بيتاً في دار
او منزلاً او مسكناً لم يكن له الطريق الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه
او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه من التوابع
فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به
اذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة
منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه
فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة

باب الاستحقاق قال ومن اشترى جارية
فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها وولدها وان اقر بها
لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة فانها كاسمها
مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلاً بها فيكون له اما الاقرار
حجة قاصرة تثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت
بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام

بالام تبعاً وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي
اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا تدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان
اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعاً قال ومن اشترى عبداً فاذا
هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البائع حاضراً
او غائباً غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع غائباً لا يدرى
اين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبداً مقراً
بالعبودية فوجده حراً لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يرجع
فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار
كاذباً فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة
الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشراء معتمداً على امره واقراره اني عبد
اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشراء ضامناً للثمن له عند تعذر
رجوعه على البائع دفعاً للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه
والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضماناً للسلامة كما هو موجبه
بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز
الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضماناً للسلامة
وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول
المولى بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق يرجعون عليه
بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الدعوى
شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل اذا كان الوضع
في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل
هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وان كان الوضع في الاعتاق
فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى فيه وصار كالمختلعة تقيم البينة على
الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة **قال**
ومن ادعى حقاً في دار معناه حقاً مجهولاً فصالحه الذي في يده على مائة درهم
فاستحقت الدار الا ذراعاً منها لم يرجع بشيء لان المدعي يقول دعواي
في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منه شيء رجع
بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل

ودلت المسألة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما
يسقط لا تفضي الى المنازعة

فصل في بيع الفضولي

ومن باع ملك غيره
فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي رحمه الله
لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا
ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله
في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث
يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه
عن الالغاء وفيه نفع المشتري فتثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه
الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف النافع
قال وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان
الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود
عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان
الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل
الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض
هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان
العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض
الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته لانه
شراء من وجه والشراء لا يتوقف ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث
في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره
ولو اجازه المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف
اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى
يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع
الشك قال ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع
فالعتق جائز استحسانا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يجوز
لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف
لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون
وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب

الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز
البائع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا
حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب
اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع
لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه
وصار كاعتاق المشتري من الراهن واعتاق الوارث عبدا من التركة وهي
مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضي الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق
الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان
في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم
اصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع
ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب
الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الاصح قال فان
قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري لان الملك
تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد رحمه الله
والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت
يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد
المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري
بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في
ضمانه او فيه شبهة عدم الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى
البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار
عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه
لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع
لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت
وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء
البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات
بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع
قائما بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على

اقرار البايع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد البيع لم يقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البايع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رضه وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البايع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسئلة في يد المشتري وفي تلك في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البايع عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف آخرا وكان يقول اولا يضمن البايع وهو قول محمد وهي مسئلة غصب العقار

باب السلم

قال السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضه اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الآية وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه لكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه (قال) وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانها اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن (قال) وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم (قال) وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة يعرف بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما فلا يعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل (قال) ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر هذه الاوصاف يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي عم نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير (قال) ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها اذ هي عددي متفاوت لا مقدر لها (قال) ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت (قال) ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي رح يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض (قال) ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا

للتفاوت ولا خير في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما
لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز
وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي
تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده ق ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رح
وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون
مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا
الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول للتفاوت
في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة
مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح
والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من
القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف
فلا يكتفى به ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي يجوز حالا لاطلاق الحديث
ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما روينا ولانه شرع رخصة
دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان
قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي ق ولا يجوز الا باجل معلوم
لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر
وقيل ثلث ايام وقيل اكثر من نصف يوم والاول اصح ق ولا يصح السلم بمكيال
رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه لا يعرف مقداره لانه يتاخر فيه التسليم
فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون المكيال مما لا
ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل
والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا روي عن ابي يوسف
ق ولا في طعام قرية بعينها ولا في ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا قدرة
على التسليم واليه اشار عليه السلام حيث قال ارايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل
احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الوصف لا باس به على ما قالوا
كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة ق ولا يصح السلم عند ابي حنيفة
الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا
سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او ردي ومقدار معلوم كقولنا

كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه
ما رويناه والفقه فيه ما بيناه ومعرفة مقدار راس المال اذا كان يتعلق
العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي
يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية راس المال اذا كان
معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان
ولهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار
كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم
قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تسليم المسلم فيه فيحتاج الى رد راس
المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان
راس المال ثوبا لان الذراع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن
فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين راس مال كل واحد او اسلم جنسين
ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود
العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات
الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة ان التسليم غير
واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين
فالجهالة فيه مفضية الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف المكان
فلا بد من البيان وصار كجهالة الوصف وعن هذا قال من قال من المشايخ ان
الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعين
المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها
اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل
لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار
شمس الائمة السرخسي رح وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم
الدابة للايفاء ق وما لم يكن له حمل ومؤنة فلا يحتاج فيه الى بيان مكان
الايفاء بالاجماع لانه لا يختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه
قال رضي الله عنه وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات
يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب
في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد

سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع
تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس
المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن دين بدين
وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم
اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض
احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس المال
ليتقلب المسلم اليه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان
فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من
الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد بخلاف
خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل
الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر رح وقد مر نظيره وجملة
الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتاجيله
وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله قال فان اسلم مائتي درهم
في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة
الدين باطل لفوات القبض ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ
اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل
بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى لو تبايعا
عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا قال ولا يجوز
التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت
القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في
المبيع قبل القبض لا يجوز قال ولا يجوز الشركة والتولية لانه تصرف فيه
قال فان تقايلا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى
يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او رأس مالك اي عند الفسخ
ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة
بيع جديد في حق الثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل
رأس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم
الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رح والحجة عليه ما ذكرنا قال ومن اسلم

في كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم بقبضه
قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم
اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين
لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل
الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه
بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم
خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان
قرضا فامره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة
فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان قال ومن اسلم
في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو
غائب لم يكن قضاء لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان
حقه في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل
ملك نفسه فيها وصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها
المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها
صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع
الا ترى انه لو امره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء
للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال
المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفي
بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع
في غرائر المشتري ولو امره في الشراء ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر
قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده فكذا
ما يقع فيه وصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان
البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع الدين والعين
والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر
فيه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة
فامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما وامره ان يزيد من
عنده نصف دينار وان بدأ بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة

الاموية وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا عند
أبي حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز أن يكون
مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء
شاركه في المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ومن أسلم جارية
في كر حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها
يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء
العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه
فصحت الإقالة حال بقائه وإذا جاز ابتداء أولى أن يبقى انتهاء لأن
البقاء أسهل وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعا
فيجب رد قيمتها قال ولو اشترى جارية بألف ثم تقايلا فماتت في يد المشتري
بطلت الإقالة وإن تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة لأن المعقود عليه
في البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة
ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف عقد المقايضة حيث
تصح الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع
فيه قال ومن أسلم إلى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم إليه شرطت رديئا
وقال رب السلم لم تشترط شيئا فالقول قول المسلم إليه لأن رب السلم متعنت
في إنكاره الصحة لأن المسلم فيه يربو على رأس المال عادة وفي عكسه قالوا
يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رح لأنه يدعي الصحة وإن
كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة
وسنقرره من بعد قال ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل
كان له أجل فالقول قول رب السلم لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره حقا
له وهو الأجل والفساد بعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا
يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب
السلم عندهما لأنه ينكر حقا عليه فيكون القول قوله وإن أنكر الصحة كرب
المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال
المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لأنه ينكر استحقاق
الربح وإن أنكر الصحة وعند أبي حنيفة رح القول للمسلم إليه لأنه يدعي

يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا
بخلاف مسألة المضاربة لأنه ليس بلازم فلم يعتبر الاختلاف فبقي
مجرد دعوى استحقاق الربح أما السلم فلازم فصار الأصل أن من خرج كلامه
تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وإن خرج خصومة ووقع الاتفاق على
عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وإن أنكر الصحة
قال ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولا وعرضا ورقعة لأنه أسلم في معلوم
مقدور التسليم على ما ذكرنا وإن كان ثوب حرير فلا بد من بيان وزنه
أيضا لأنه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز لأن آحادها
تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم
لأنه مما يعلم بالوزن قال ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا سمى
ملبنا معلوما لأنه عددي متقارب لا سيما إذا سمى الملبن قال وكل
ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لأنه لا يفضي إلى
المنازعة وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لأنه دين
وبدون الوصف يبقى مجهولا جهالة تفضي إلى المنازعة ولا بأس بالسلم
في طست أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف لاجتماع شرائط
السلم وإن كان لا يعرف فلا خير فيه لأنه دين مجهول قال وإن استصنع
شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا للإجماع الثابت بالتعامل وفي القياس
لا يجوز لأنه بيع المعدوم والصحيح أنه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر
موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا
لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز ولا يتعين إلا بالاختيار
حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال
وهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه لأنه اشترى ما لم يره ولا خيار للصانع
كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح وعن أبي حنيفة رح أن له الخيار أيضا لأنه
لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن أبي يوسف
أنه لا خيار لهما أما الصانع فلما ذكرنا وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار
له إضرارا بالصانع لأنه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه
كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف

لا يمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير
سلما عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو ضرب فيما لا تعامل فيه يصير سلما
بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل
الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم
الصحيح ولابي حنيفة رح انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة
فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى

مسائل منثورة قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير
المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه
غير منتفع به وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت
مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل
وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن
بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا
فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانها لا ينتفع بها والحديث
محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو
سلم فيحرم التناول دون البيع قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله
عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس
بمال في حقنا وقد ذكرناه قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله
عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على
المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير
خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير
كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم
وما يعتقدون دل عليه قول عمر رض ولوهم بيعها وخذوا العشر من
اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك
خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري
والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء
على الضمين واصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق
باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لانه تغيير العقد من

من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا
ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساوي المبيع
بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة
تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يوجد
لم يصح قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج
فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال
وعلى هذا قبض لان وطئ الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله
وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي
فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على
المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا قال ومن اشترى عبدا
فغاب المشتري واقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة
لم يبع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال
حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن لان ملك
المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر
استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا
مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا
به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا
فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله
ويقبضه فاذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح اذا دفع الحاضر الثمن كله
لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره
بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما
انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع
صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير
الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له حق الحبس الى ان يستوفي حقه
كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى جارية بالف
مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء

فيجب من كل واحد خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفّه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عدّ من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا الحديث وقال عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا او لان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رض وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرنا في قبض راس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض فان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء قال وان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رح لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه قال ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه لكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة وزنه الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي

نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس والظاهر منه
الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نقدا والف نسيئة
فالنقد عن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جايز في بيع الجارية
والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفا محلى بماية
درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض
حصة الحلية وان لم يبين ذلك لما بينا قال وكذلك ان قال خذ هذه
الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج
منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله قال
وان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها
وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون
الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص
بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده
بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد
مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا يدرى لا يجوز البيع للربوا او
لاحتماله وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال ومن باع اناء فضة
ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض
وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل
فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع
قال ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي
بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب في الاناء قال وان باع قطعة
نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره
التبعيض قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز
البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى
هذا الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة
لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة
بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير
لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة

وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح
الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البايع
مع عبد آخر بالف وخمسماية لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه
بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك
احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما
وثوبا بدرهم وثوب ثم افترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين
ولا ينصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل
مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه
فيحمل عليه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو
ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل فصار هذا كما اذا باع نصف عبد
مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف
مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب
والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على
الالف الى المشترى وفي المسئلة الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس
بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد
في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة
دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم
لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك
فيبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا
فضة بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي
الفضة جاز البيع من غير كراهة وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له
قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض
ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة
دراهم ودفع الدينار اليه وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جايز ومعنى
المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب
تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا يقع المقاصة
بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة

الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف في الاضافة الى الدين يقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة وفيه خلاف زفر رح لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء قال وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس فهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز منه الا بضرر قال رضي الله عنه ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا ثم اذا كانت تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن نص ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين وان كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين وان كان يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها

بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضاء منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضاء منه قال واذا اشترى بها سلعة ثم كسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رح قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب فساد العقد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع او انه بقي العقد ووجبت القيمة لكن عند ابي يوسف رح وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد رح يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة ان الثمن يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع وان لم تتعين لانها اثمان بالاصطلاح وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها قال واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة رح يجب مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف رح يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد رح انظر وقول ابي يوسف ايسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر رح لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد رح انه لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم لان

في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة
ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف اصح لا سيما في ديارنا ومن اعطى
صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة
جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس
جايز وبيع النصف بالنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة
بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره
ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان ولو
قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم
بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم
الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي اكثر نسخ
المختصر ذكر المسئلة الثانية

كتاب الكفالة

قال رضي الله عنه الكفالة
هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة
في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس
وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جايزة والمضمون بها احضار المكفول
به وقال الشافعي رح لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على
نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عم
الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه يقدر على تسليمه
بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه او يستعين باعوان
القاضي والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في
المطالبة فيه قال وتنعقد الكفالة اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او
بروحه او بجسده او برأسه وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها
عن جميع البدن اما حقيقة او عرفا على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه
او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان
ذكر بعضها شايعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله
لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم
يصح وكذا اذا قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال علي لانه صيغة الالتزام
او قال الي لانه في معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام من ترك كلا او عيالا

فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل به لان الزعامة هي الكفالة وقد روينا
فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن
لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة قال فان شرط في الكفالة تسليم
المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء
بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق
عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول
بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه
لتحقق امتناعه عن ايفاء الحق قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر
المكفول له ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة
لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة
واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود
وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار
فكان التقييد مفيدا وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة
فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم
فيه ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رح
للقدرة على المحاكمة فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه
وقلنا ولعلمهم فيما سلمه فيه فيتعارض الموهومان ولو سلمه في السجن وقد
حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه قال واذا مات المكفول به
برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور
عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق
قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف
الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل وان لم يكن
فلوارثه لقيامه مقام الميت قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك
فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص
عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به
نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا
سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه قال فان تكفل بنفسه على انه

ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى ذلك
الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة
وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة
بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه اذ كل واحد
منهما للتوثق وقال الشافعي رح لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب
وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث
انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح
بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف قال
ومن كفل بنفس فلان وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول
عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ومن ادعى على آخر
مائة دينار وبينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على انه ان لم يواف
به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رح ان لم يبينها حتى يكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه
لانه علق مالا مطلقا بخطر الا يرى انه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة
على هذا الوجه وان بينها ولانه لم يصح الدعوى من غير بيان فلم يجب
احضار النفس واذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لانه
بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه
والعادة جرت بالاجمال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان
فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى
فيترتب عليها الثانية قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص
عند ابي حنيفة رح معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف
لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة
لله تعالى ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان
مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها
لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت نفسه
به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب
فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان

شاهدان او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة
يثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب
الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي
ان على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول
الاستيثاق بالكفالة قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين يطالب
به ويمكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال ومن اخذ من
رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام
المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا
يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا
اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك
في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى الكفالة
بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة وان
احتمل السراية والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان
لا يكون بدل الكتابة وسياتيك في موضعه ان شاء الله تعالى قال
والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله
لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول
لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى
كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة ولو طالب
احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف
المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن
التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا تتضمن
التمليك فوضح الفرق قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول
ما بايعت فلانا فعلي او ما ذاب لك عليه فعلي او ما غصبك فعلي والاصل
فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان
الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقه بشرط ملائم له مثل ان يكون شرطا لوجوب
الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم فلان
وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر

من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت
الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا الا انه تصح الكفالة
ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة
كالعتاق والطلاق قال فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه
ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح
الضمان قال فان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف
به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق
على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته
عليها قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه
التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على
المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به قال فان كفل بامره
رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع بما
يؤديه لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه
اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة
الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا
في الحوالة بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه
شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن
الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل قال وليس
للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل
الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما
مبادلة حكمية قال فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى
يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله
بمثله وكذا على هذا الحوالة اذا لم يكن على المحتال عليه دين للمحيل قال
واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة
الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح قال وان ابرأ الكفيل
لم يبرأ الاصيل لان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز
وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل

لم يكن تاخيرا عن الاصيل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء
المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل
لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما
ههنا بخلافه قال فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد
برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهي
على الاصيل فبرئ عن خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا
عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة
بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فملكه فيرجع بجميع
الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا
ابراء الكفيل عن المطالبة قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الي
من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه ضمن له بامره لان البراءة
التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيرجع
وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى
غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال
محمد رح هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء اليه والابراء فيثبت
الادنى ولا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف رح هو مثل الاول لانه
اقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع
ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال
ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في
سائر البراآت ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح
فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد
بخلاف ابراء الاصيل قال وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة
به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لانه يتعذر
ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة قال واذا تكفل عن المشتري
بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح
لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان
كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رح لكن بالاعيان المضمونة بنفسها

كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا
بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر
ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن
بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا
واجبا قال ومن استاجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لم تصح الكفالة
بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل
على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا من استاجر عبدا للخدمة فكفل
له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول
له في مجلس العقد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح
آخرا يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة و
الخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد
به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرنا في الفضولي
في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم
بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الا في
مسئلة واحدة وهي ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين
فكفل به مع غيبة الغرماء لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان
لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال او يقال انه قائم
مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما اذا
حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به
التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح
ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه قال واذا مات الرجل
وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة
وقالا تصح لانه كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط
ولهذا يبقى في حق احكام الآخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان
به كفيل او له مال وله انه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف
بالوجوب لكنه في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات
عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا

واذا كان به كفيل او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق قال ومن كفل
عن رجل بالف عليه بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال
فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين
فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي ولانه
ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض
امانة في يده وان ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا
قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضاه المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد
لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه الا انه اخرت المطالبة
الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو ابرأ الكفيل المطلوب
قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل
مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة
فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال
واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند
ابي حنيفة رح في رواية الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
هو له لا يرده على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه انه يتصدق به لهما
انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله انه تمكن الخبث مع الملك
اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه او لانه رضي به على اعتبار
قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما
يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لان الخبث
لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له قال ومن كفل عن رجل بالف
درهم بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل
والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان
يستقرض من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة
بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل
خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من
الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما
يخسر المشتري نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل

فاسد لان الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد قال ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف درهم لم تقبل لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا يصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضي به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره يقضي على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما تختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له بالآخر واذا قضي بها بالامر يثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امره لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا تتعدى اليه وفي الكفالة بامر يرجع الكفيل بما ادى على الآمر وقال زفر رح لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه قال ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم يكن مشروطا فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هو باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل في الضمان قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب

ضمن ثمن متاع فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا يرى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل قال ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسرى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ وممن يميل الى الصحة الامام علي البزدوي رح واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه قال ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع منه حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي رح الحق الثاني بالاول وابو يوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه قال ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض

لرد الثمن على البائع فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل
بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع
والكفيل وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل قال ومن اشترى عبدا
فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة
قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على
العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل
بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص
لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة
وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته
فصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما
كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف درهم وكفل كل واحد منهما
عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف
فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الآخر
كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبين ما عليه بحق الكفالة
لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي
الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه
فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور
قال واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فكل شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى
المسألة في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك
والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة
فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه
واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح
للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي
الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما
ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه
والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال

المال عنه بامره قال واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان
ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل بكله
على ما بيناه فلهذا ياخذه به قال واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون
ان ياخذوا ايهما شاؤوا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما
عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر
من الوجهين في كفالة الرجلين قال واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل
واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه
ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما
اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا
بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك
فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق
المساواة قال ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته
ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق
وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل
برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء
العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف وللمولى ان ياخذ
بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان اخذ
الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤدي عنه بامره فان اخذ الآخر
لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

قال ومن ضمن
عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال
عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك
المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او
مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد
العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال
ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل
كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد
فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها

على وجه تخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة
واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال واذا كفل العبد عن
مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع
واحد منهما على صاحبه وقال زفر رح يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون
على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره اما كفالته
عن العبد فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره
والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان
المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا ينقلب موجبة
ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه قال ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة
حر تكفل به او عبد لانه ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه
لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته
مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة
في قول ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

وهي جائزة
بالديون قال عليه السلام من احيل على ملي فليتبع ولانه التزم ما يقدر
على تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبي عن النقل
والتحويل والتحويل في الدين لا في العين قال وتصح برضاء المحيل والمحتال
والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم
متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم
بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات
لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به
بل فيه منفعته لانه لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال واذا تمت الحوالة برئ
المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رح لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد
منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين
متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية
على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملى والاحسن في القضاء
وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى
فلم يكن متبرعا قال ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال

الشافعي رح لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا
يعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او
ينفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال والتوى
عند ابي حنيفة رح احد الامرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه
او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة
وقالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته وهذا بناء
على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله تعالى غاد
ورائح قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت
بدين كان لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع
قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر
والقول للمنكر والحوالة لا تكون اقرارا منه بالدين عليه لانها قد تكون بدونه
قال واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال
المحتال لا بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه
الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه
قال ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر
على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها
بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات
وقد يكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك
المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان
كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبته به
فياخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه
به بل بذمته ولا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده قال ويكره السفاتج
وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع
استفيد به وقد نهى النبي عليه السلام عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

قال ولا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة
ويكون من اهل الاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة
لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء

وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل
للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه
لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان عدلا
ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر
المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله وقال الشافعي رح الفاسق لا يجوز قضاؤه
كما لا يقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلثة رح في النوادر انه لا يجوز قضاؤه
وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل
بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا دونها وهل يصلح
مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وقيل يصلح لانه يجتهد حذار النسبة
الى الخطاء واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية
فاما تقليد الجاهل صحيح عندنا خلافا للشافعي رح وهو يقول ان الامر بالقضاء
يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم ولنا انه يمكن ان يقضي بفتوى
غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي
للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا
عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين
وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب
حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة
بالحديث كي لا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب
قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتني عليها **فصل**
ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة
رضوان الله عليهم اجمعين تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه
امرا بالمعروف **قال** ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على
نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه
مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين والصحيح
ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ
ظنه فلا يوفق له او لا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو
الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق

العباد واخلاء للعالم عن الفساد **قال** وينبغي ان لا يطلب الولاية
ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر
عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلب يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر
عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقليد من السلطان الجاير كما يجوز من العادل
لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي رضي الله
عنه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جايرا الا اذا كان لا يمكنه
من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه **قال**
ومن قلد القضاء يسلم اليه ديوان القاضي الذي كان قبله وهو الخرائط التي
فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل
في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا
كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده ليعمل وقد انتقل الى
المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا
ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا
فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال
لكشف الحال لا للالزام **قال** وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف
بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا
ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا
كان على فعل نفسه **قال** فان لم يقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه
وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي
الى ابطال حق الغير **قال** وينظر في الودايع وارتفاع الوقوف فيعمل به على
ما تقوم به البينة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا
الا ان يعترف الذي هي في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه
ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في
الحال الا اذا بدا بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي فيسلم ما في يده الى المقر له الاول لسبق حقه **قال** ويجلس
للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين
والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رح يكره الجلوس في المسجد
للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة

عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله
عليه السلام يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون
في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في
المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من
دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او
يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في
الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس في الدخول فيها ويجلس
معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال ولا يقبل هدية
الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول
صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جريا على العادة وفيما وراء ذلك
يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا
اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء
فيتحاماه قال ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل
القضاء بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن
محمد رح انه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف
ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال ويشهد الجنازة ويعود المريض
لان ذلك من حقوق المسلم قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق
وعد منها هذين قال ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي عليه السلام
نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس
والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم
في المجلس والاشارة والنظر قال ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا
يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك
في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه
يذهب بمهابة القضاء قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له
اتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم
واستحسنه ابو يوسف رح في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر
لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل

والتكفيل

فصل في الحبس

قال واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب
صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس
جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف
كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا
امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت
لظهور المطل بانكاره قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال
حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل
المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو
لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال ولا يحبسه
فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه
لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين وعلى المدعي اثبات
غناه ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة
ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه
معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسئلتان تؤيدان
القولين الاخيرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق
بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت بالاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رح
ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة
فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه والحبس
لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد
المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى غير ذلك من التقدير
بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي
القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله
يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك
ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل
في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ رحمهم الله قال في الكتاب خلى سبيله
ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر
ان شاء الله تعالى قال وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه

يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلي سبيله
ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة فظهرت مماطلته والحبس اولا
ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع
ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحد
والقصاص قال الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده ولانه
لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان **باب كتاب القاضي الى القاضي** قال
ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين
فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو
سجلا وان شهدوا بغير حضرة الخصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز قال
وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل
الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله تعالى وجوازه
لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه
الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح
والنسب والمغصوب والامانة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف
بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه
بالتحديد ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف
انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما
بشرائط تعرف في موضعها وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه
المتأخرون قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان
الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف
كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي
ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال ويجب ان يقرأ
الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم قال ثم يختمه
بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
لان علم ما في الكتاب والختم شرط بحضرتهم وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما
ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال
ابو يوسف رح آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان

ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف رح ان الختم ليس بشرط ايضا
فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس
الائمة السرخسي قول ابي يوسف رح قال واذا وصل الى القاضي لم يقبله الا بحضرة
الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي
الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال واذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فان شهدوا
انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه
القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف رح اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب
ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا
ذكره الخصاف رح لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة
بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى
لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق
بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في
غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي
بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له
وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا
لانه غير معرف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه
ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية
فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله
سعي في اثباتهما **فصل آخر** قال ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في
الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه قال وليس للقاضي ان
يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد
به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على
شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء
ولو قضى الثاني بحضرة الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة
وهذا لانه حضره رأي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني
نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله قال واذا رفع الى القاضي حكم

حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذه ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رح وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطاء بيقين ولهذا لم يفصل في الكتاب وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطاء عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا للكتاب والسنة والاجماع والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور من الفقهاء لا يعتبر بمخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رح وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مرت في النكاح قال ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رح يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف رح ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعي على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء قال ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى قال ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا قال واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه قال ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام قال وان حكما في دم خطاء فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف للنص الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله قال ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذا القضاء واذا حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي

مسائل شتى من كتاب القضاء

قال واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند ابي حنيفة رح معناه بغير رضاء صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني

على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه قال واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب عنها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب قال وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا لان لكل منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح على الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى المنازعة على ما عرف قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه فاقام المدعي البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعده تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم يقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها قال ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البايع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لان المشتري لما جحده كان

كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البايع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضاء البايع فيستبد بفسخه قال ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ انه اقتضى وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرج ما يرده التجار والستوق ما يغلب عليه الغش قال ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكره له ان يصدقه لان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا قال ومن ادعى على آخر الفا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر رح لا يقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه الا ترى انه يقال قضي بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء وكذلك على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بدون المعرفة وذكر القدوري رح انه يقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم

يصرف بعد ذلك فامكن التوفيق قال ومن ادعى على آخر انه باعه جارية
فقال لم ابعها منك قط واقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة
فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن
ابي يوسف رح انه تقبل اعتبارا بما ذكرنا وجه الظاهر ان شرط البراءة
تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع
وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على
ما مر قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه
ان شاء الله تعالى او كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله
بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء الله هو على الخلاص
وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء
ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد
وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في الكلمات
المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله تعالى
ان شاء الله ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت
اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال
زفر رح القول قولها لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان
سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء
الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق ولو مات
المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته
وقالت الورثة لا بل اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر
لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد
لهم ظاهر الحدوث ايضا قال ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم
وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع اليه المال
لانه اقر ان ما في يده حق الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث
وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه
اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي

حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر
بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه
فيؤمر بالدفع اليه ولو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له
ابن غيري قضى بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال
فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه
حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلا يصح قال
واذا قسم الميراث بين الغرماء فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث
وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة وقالا
يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل
الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان
في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط
بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه واعطى امرأة الغائب النفقة
من ماله ولابي حنيفة رح ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر
لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او اثبت
الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما
اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم
واما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على هذا الخلاف وقيل ان
دفع بعلامة اللقطة واقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت
ولهذا كان له ان يمنع وقوله ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن
مذهبه ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض قال واذا كانت الدار
في يد رجل واقام آخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين
اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي
هي في يده ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان
كان الذي هي في يده جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك
في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين
وله ان القضاء للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا
ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر

عدم الجحود في المستقبل لصيرورته الى دينه معلومة له وللقاضي ولو كانت
الدعوى في منقول فقد قيل يوخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ
والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي
بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام
والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة
فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا ياخذ الكفيل لانه انشاء خصومة
والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج
الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان احد الورثة
ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان
المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة
عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه من الميت لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح
نائبا عن غيره ولهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة
بدين الميت الا انه انما تثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان
الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء
على ما في يده ¶ ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة
وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل
وبه قال زفر رح لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب
العبد معتبر بايجاب الله فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة
من المال اما الوصية اخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون
مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية
تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل ويدخل فيه الارض العشرية عند
ابي يوسف رح لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشر راجحة عنده
وعند محمد لا يدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا يدخل ارض
الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ¶ ولو قال ما املكه صدقة في المساكين
فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو
مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك فبقي على العموم والصحيح
انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا

اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب
شيئا تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر بشيء لاختلاف
احوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب
الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا صاحب
التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله ¶ ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية
حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم
وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة
بعد الموت فيعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان
الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم
كما في تصرف الوارث اما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على
العلم وهذا لانه لو توقف لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت
لعجز الموصي ¶ ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق
لا الزام امر ¶ ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان
او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو والاول سواء لانه من
المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه
فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول
الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا
اخبر المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر ¶ واذا
باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم
يضمن لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام الامام وكل منهم
لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق
ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر
الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم ¶ وان
امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع
المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان بامر
القاضي عنه فصار كما اذا باع بنفسه ¶ قال ويرجع الوصي على الغرماء لانه عامل
لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع

بالامانة التي غرمتها اتفقا لانه لحقه في امر الميت ايضا والوارث اذا بيع له
بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له **فصل آخر**
واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او
بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ
بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطاء والتدارك غير ممكن وعلى
هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال
اكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه الظاهر انه
اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي الامر
واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور ان كان عالما عادلا
يقبل قوله لانعدام تهمة الخطاء والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر
فان احسن التفسير وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او
عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة **قال**
واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت
بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك
اذا قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان الذي قطعت يده والذي
اخذ منه المال مقرا انه فعل ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه
فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا
ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي
ولو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لان فعله في حالة
القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده
والمأخوذ ماله انه فعل قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا
هو الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما
اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون منه كان معهودا ولو اقر
القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا
بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال
سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق
ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ

منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى انه
فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق
في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة

كتاب الشهادة

قال الشهادة فرض يلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى
ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها
فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه
كسائر الحقوق **قال** والشهادة في الحدود يتخير فيها الشاهد بين الستر
والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر
افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال
عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل
من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام واصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على
افضلية الستر **قال** الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ
احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت
السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه **قال**
والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال
لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة
منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء **قال** ولا تقبل فيها شهادة النساء
لحديث الزهري رضي مضت السنة من لدن رسول الله عليه السلام والخليفتين
من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة
البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات **قال** ومنها
الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى
واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا
قال وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين
سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية
ونحو ذلك وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال
وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال
الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في

الحدود ولا يقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما تندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كي لا يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جايزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى باللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي رح في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق واما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لانها تايدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف البايع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البايع واما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة رح في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلوة لانه من امور الدين وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء وقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف رح ان الفاسق اذا

اذا كان وجيها في الناس ذا مروة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى تشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رح يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسال عن حال الشهود حتى يطعن الخصم فيهم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ومثل ذلك يروى عن عمر رض ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع قال الا في الحدود والقصاص فانه يسال عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة قال وان طعن الخصم فيهم سال عنهم لانه تقابل الظاهران فيسال طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رحهما الله لا بد ان يسال عنهم في السر والعلانية في ساير الحقوق ولان القضاء مبنيه على الحجة وهي شهادة العدل فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جايز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة باصل الدار وهذا اصح قال وفي قول من راى ان يسال عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل

معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته لكن عند محمد رح يضم تزكية اخرى الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قا واذا كان رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة فيه وتشترط الذكورة في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا تشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف رح لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رح

فصل وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قا ويقول الشاهد اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة فلم يحصل العلم الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه له ان يشهد لانه حصل العلم في هذه الصورة قا ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم

يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهده لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد قا وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قا ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الحادثة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره بها قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت قا ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز فيها لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم يقبل فيها الشهادة بالتسامع لادى الى الحرج وتعطيل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قل ما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة ولا يفسر اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء ويدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا في يد

غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلّى على جنازته فهو معاينة
حتى لو فسّر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء
ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف رح آخرًا انه يجوز
في الولاء لانه بمنزلة النسب وعن محمد رح انه يجوز في الوقف لانه يبقى على مرّ
الاعصار الا انّا نقول الولاء يبتني على زوال الملك ولا بدّ فيه من المعاينة فكذا
فيما يبتني عليه واما الوقف فالصحيح انه يقبل الشهادة بالتسامع في اصله
دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى
العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك
اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رح انه
يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرًا
لاطلاق محمد رح في الرواية وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه
قال بعض مشايخنا رحمهم الله لان اليد متنوعة الى امانة وملك قلنا والتصرف
يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم ان عاين المالك والملك حلّ له ان يشهد
وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت
بالتسامع ولكن ينبغي له بهذا ان لا يفسر للقاضي اما اذا فسر لا تقبل كما
ذكرنا في الموت وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل واما
العبد والامة ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون
في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبّران
عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصروف الاستثناء
لان لهما يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن
ابي حنيفة رح انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق
ما بيناه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى
وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة رح انه تقبل فيما يجري فيه التسامع لان
الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يجوز
اذا كان بصيرًا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص
بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة
على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له

والمشهود عليه ولا يميّز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز
عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار
كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها
حجة عنده وقد بطلت وصار كما اذا خرس او جنّ او فسق بخلاف ما اذا
ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت قال
ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا
يثبت له الولاية على غيره قال ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى
ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد
التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع
بالتوبة وقال الشافعي رح تقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى
التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى اولئك هم
الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن قال ولو حدّ الكافر في قذف
ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة وكذا ردّها من تمام الحد بالاسلام
حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حدّ ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد
اصلا فتمام حدّه برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده و
ولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام
لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج
لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره
ولان المنافع بين الاولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة
اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او يتمكن فيه التهمة قال رضي الله عنه
والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعدّ ضرر استاذه
ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع
باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر
بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها قال ولا تقبل
شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي رح تقبل لان الاملاك
بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين

بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد
لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود
فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه
لا ولاية له على المشهود له قال ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه
من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال
موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو
من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من
شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه لانعدام
التهمة ولان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال
البعض قال ولا تقبل شهادة المخنث ومراده المخنث في الردي من الافعال
لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول
الشهادة قال ولا نائحة ولا مغنية لانهما يرتكبان محرما فانه عليه السلام
نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قال ولا مدمن الشرب على
اللهو لانه ارتكب محرم دينه قال ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه
قد يقف على عورات النساء بصعوده سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ
ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس
على ارتكاب كبيرة قال ولا من ياتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد
للفسق قال ولا من يدخل الحمام بغير ميزر لان كشف العورة حرام قال
او ياكل الربوا او المقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر
وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس
بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان
يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما يتجو عن مباشرة العقود
الفاسدة وكل ذلك ربوا قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على
الطريق والاكل على الطريق لانه اذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب
فيتهم قال ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف
من يكتمه قال وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي رح
لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد

وما اوقعه فيه الا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث او ياكل متروك
التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية
فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل
يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتتمكن الشبهة في شهادتهم قال
وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وقال
مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الفاسقون
فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد
ولنا ما روي ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض
ولانه من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة
على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده
محرم دينه والكذب محظور الاديان كلها بخلاف المرتد لانه لا ولاية له
وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول
عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم
الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به والله
اعلم المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو اعلى
رتبة منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي وتقبل
شهادة المستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة
فان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين
يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا
كذلك المستامن قال وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل ممن
يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد
العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب
كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا تنقدح به العدالة المشروطة فلا ترد
به الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو
مفتوح احياء للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة
الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا قال والخصي
لان عمر رض قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه

ظالما فصار كما اذا قطعت يده قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم وقال مالك لا يقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ رحمهم الله لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن ابي يوسف رح في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة قال واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي الشهادة على الجرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك تقبل

تقبل لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال ولو اقام الرجل اي المدعى عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستئجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه اجنبي عنه حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صالحت هؤلاء الشهود على كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة و

الطلقتان والطلقة والثلاث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة و
تفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما
وصار كالالف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة انهما اختلفا لفظا
وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف
لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد
منهما شاهد واحد وصار كما اذا اختلف جنس المال قال وان شهد احدهما
بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة
على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة
جملتان عطفت احدهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة
والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر
لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي
لم يكن الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه
المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب
ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني
استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا شهدا بالالف
وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه
ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه اخر وعن ابي
يوسف رح انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان
لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد اذا علم ذلك ان
لا يشهد بالالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على
الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد
احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد
احدهما بالقضاء على ما بينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله انه
لا تقبل وهو قول زفر رح لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب
في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول قال واذا شهد
شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتله يوم النحر
بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احدهما كاذبة

كاذبة بيقين وليست احدهما باولى من الاخرى فان سبقت احدهما
وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى قد ترجحت باتصال القضاء
بها فلا تنتقض بالثانية قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا
في لونها قطع وان قال احدهما بقرة والاخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يقطع في الوجهين وقيل الاختلاف في لونين
يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في جميع
الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب
الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة
والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان
او يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب
اخر وهذا الاخر يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب والذكورة
والانوثة لا يجتمعان وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه قال
ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد اخر انه اشتراه
بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو
العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على
كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البائع
ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك
الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا
ان كان المدعي هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود
اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان
المدعي هو المرأة او العبد او القاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة
ماسة اليه وان كان الدعوى من جانب الاخر فهو بمنزلة دعوى الدين
فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب
الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا
يقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان
المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة
فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الاجر فهو دعوى

الدين قال واما النكاح فانه يجوز بالف استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رح لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة رح ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضي بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع انه لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه

فصل الشهادة على الارث

ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضي للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلابد من النقل الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل قال وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف رح انه تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما انه

ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة قال وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به هنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال الكذب وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص قال ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصارا كالمرأتين ولنا قول علي رض لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل قال ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك ولانه حق من الحقوق فلابد من نصاب الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلابد من التحميل والتوكيل على ما مر ولابد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القضاء قال وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل اشهد قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لابد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوساطها ومن قال

اشهدني فلان على نفسه لم يسع للسامع ان يشهد على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رح لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول لتصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة قال ولا يقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى اديرت عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رح انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث رح قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف وقال محمد رح لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف رح ان المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط قال واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غير

غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعى عليه ان الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي بكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى الفخذ وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف رح على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد

فصل

قال ابو حنيفة رح في شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رح لهما ما روي عن عمر رض انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله ان شريحا رح كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رض محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا او الى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة السرخسي انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته ان شاهد

الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق
الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها
سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض
ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه
قال فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض
اوله فلا ينتقض الحكم بالتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول
وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم
لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار و
سنقرره من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم
لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس
القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية
فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس
القضاء فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا
لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع
عند قاض كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح قال واذا شهد شاهدان
بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه
التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد تسببا للاتلاف تعديا وقال
الشافعي رح لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا
تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء
وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي
لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال
دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ
العين والزام الدين قال فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل
ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته
نصف الحق قال وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه
لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة و

والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع قال فان رجع
آخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق
قال وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء
ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان
بشهادة الرجل يبقى نصف الحق قال وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع
ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت
اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع
بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع قال وان رجع الرجل والنساء
فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رح
وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن
يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل
ولابي حنيفة رح ان كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد وقال عليه السلام
في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد
فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة
العشر دون الرجل عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد
رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان
الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم
قال وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم
رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع
البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على
ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة
الملك ابانة لخطر المحل وكذا اذا شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار
مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حالة الدخول في
الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة
ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض قال وان شهدا باكثر
من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض قال
وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس

باتلاف معنى نظراً الى العوض وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتاً او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فيضاف التلف اليهم قال وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلاً ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداءً بطريق المتعة فكان واجباً بشهادتهما قال وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء قال واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي رح يقتص منهما لوجود القتل تسبيباً فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حيوته ظاهرا ولان الاختيار مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم قال ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء قال وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رح وعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم ولان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا فعندهما يجب الضمان على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح المشهود عليه بالخيار

بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين قال وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض قال واذا شهد شاهدان باليمين وشهد شاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا يرى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى المسئلة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عم وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رض وكل عقيلا رض فيها وبعدما اسن وكل عبد الله بن جعفر رض قال وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال

ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود

ايضا وقول محمد رح مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا الاختلاف

في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره

وليان ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة

على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة ان الخصومة شرط محض لان

الوجوب يضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في

سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه وكلام

ابي حنيفة رح فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير

مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به قال وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل

بالخصومة الا برضاء الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة

ثلثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل من غير رضاء الخصم وهو قول

الشافعي ولا خلاف في الجواز وانما الاختلاف في اللزوم لهما ان التوكيل

تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون

ولان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون

في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك

اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير

مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا

اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها

بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت

لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا

شيء استحسنه المتأخرون قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل

ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة

الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون

الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة

فلا بد ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان

التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز لان

الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة قال وان وكل صبيا

محجورا عليه يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا عليه جاز ولا يتعلق

بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه

ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما

لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام

العهدة الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل وعن ابي يوسف

ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او محجور له خيار الفسخ

لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير

كما اذا عثر على عيب قال والعقود التي تعقدها الوكلاء على ضربين كل

عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون

الموكل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم

وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل بالنكاح

ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته

لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان

سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في

الحقوق فتتعلق به فلهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب

بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان كل

ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق

كالعبد يتهب ويصطاد ويحتطب هو الصحيح قال رض وفي مسئلة العيب

تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع

والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب

وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير

محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى

نفسه كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل

عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت

حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال

والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع

فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع

والاقراض والرهن سفيرا ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق تعود الى العاقد قال فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان يقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه يملك الابراء عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء

فصل في الشراء

قال ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والسندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار يشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمار او نحوه قال ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الولاية ولان فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز قال فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان

ويرده الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكأنه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه قال فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف وضمان المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة رح وضمان الغصب عند زفر لانه منع بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف رح انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن مضمونا وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رح وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل

الا بحضرة الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الآمر فينفذ عليه ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رأيه فلم يكن مخالفا قال وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه هذه المسألة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر وان نواها لنفسه فهو لنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرناه وان توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد رح هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف يحكم النقد لان ما وقع مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه قال ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول قول المنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا فان كان الثمن منقودا فالقول قول المأمور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رح القول قول الآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة

الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله
تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا وان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا
والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود
وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء
شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر
بخلاف غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة رح وان كان العبد هالكا
والثمن منقودا فالقول للمأمور وان كان غير منقود فللآمر كما مر في غير
المعين قال ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون
فلان امره فان فلانا يأخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه
فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن ذلك له الا ان يأخذه
لان الاقرار ارتد برده قال الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه
العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير امره حتى
لزمه ثم سلم المشتري له ودلت المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي
للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام
التراضي وهو المعتبر في الباب قال ومن امر رجلا بان يشتري عبدين
باعيانهما ولم يسم لهما ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق
وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل
بالشراء وهذا كله بالاجماع قال ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما
سواء فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان
اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم
بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء
بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة
او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما
استحسانا لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل
العبدين وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها وقالا ان اشترى
احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما
يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو

وهو فيما قلنا ولكن لابد ان يبقى من الالف باقية تشتري بمثلها الباقي
ليمكنه تحصيل غرض الآمر قال ومن له على آخر الف فامره ان يشتري بها هذا
العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع
يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى قال وان امره ان يشتري بها عبدا بغير
عينه فاشتراه فمات في يده قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري
وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو لازم للآمر اذا قبضه
المأمور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم
والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى لو تبايعا
عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين عليه لا يبطل العقد فصار الاطلاق
والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابي
حنيفة انها تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين
منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت الوكالة
واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من دون ان
يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون
امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي
عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه في
القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو
معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله الا
اذا قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا
فامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة
وقال المأمور اشتريتها بالف فالقول قول المأمور ومراده اذا كانت تساوي
الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه
ضمان خمسمائة وهو ينكر وان كانت تساوي خمسمائة فالقول للآمر لانه
خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر تناول ما يساوي
الفا فيضمن قال وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر اما اذا كانت
قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان
لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع

الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما
فيلزم الجارية المأمور قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا
فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بالف وصدق البائع
المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف
بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف
وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع
والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل اذ لم يجر
بينهما عقد فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا اختيار الامام ابي منصور
وهو اظهر

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

قال واذا قال العبد لرجل
اشتر لي نفسي من المولى بالف ودفعها اليه فان قال الرجل للمولى
اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد
منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اذ لا
يرجع عليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء
وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن
العمل بها اذا لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شرى العبد نفسه لان المجاز
فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده
وعلى المشتري الف مثله ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء وهذا
بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين
هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد اما ههنا
احدهما اعتاق يعقب الولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عسى لا يرضاه
ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان قال ومن قال لعبد اشتر لي
نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لان
العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع
يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس
بعد البيع فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر
وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة
والعبد وان كان وكيلا بشراء شيء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر

آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان
فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف
واقعا لنفسه

فصل في البيع

قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان
يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند ابي حنيفة رح وقالا يجوز
بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق ولا تهمة
لان الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه
لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة
بالعجز ولابي حنيفة رح ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا
موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فكان
بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف قال والوكيل بالبيع
يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بيعه
بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق
الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها
والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد
والاضحية بزمان الحاجة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من
وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع
ولهذا لا يملكه الاب والوصي ولابي حنيفة رح ان التوكيل بالبيع مطلق
فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن او بالعين
متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة
على قول ابي حنيفة رح على ما هو المروي عنه فانه بيع من كل وجه ولهذا لو
حلف لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان
ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه
لوجود حد كل واحد منهما قال وتصرف الاب والوصي مقيد بشرط النظر
وان كان بيعا قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن
الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة فيه متحققة
فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحق بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا
بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا

الوكيل بالنكاح اذا زوجه امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد
من الاضافة الى الموكل في العقد فلا يتمكن بهذه التهمة ولا كذلك الوكيل
بالشراء لانه يطلق العقد قال والذي لا يتغابن في مثله ما لا يدخل تحت تقويم
المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقار
ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده في القسم الاول ويقل في الاخير
ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف قال واذا وكله
ببيع عبد فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة رح لان اللفظ مطلق عن قيد
الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده
فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر
الشركة الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع النصف
قد يقع وسيلة الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان
يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا
لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما قال وان وكله
بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم
الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا
بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل
رد الامر البيع تبين انه وقع وسيلة فينفذ على الامر وهذا بالاتفاق والفرق
لابي حنيفة رح ان في الشراء يتحقق التهمة على ما مر وآخر ان الامر في
البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك
غيره فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال ومن امر رجلا ببيع
عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث
مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقرار فانه يرده على الامر
لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا
الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث
مثله في مدة شهر لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج
لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن
وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها للرد حتى

حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها
وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال وكذلك
ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة
مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم
ممارسته المبيع فلزم الامر قال فان كان ذلك باقرار لزم المأمور لان
الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول
الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان
الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه
لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم
ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له
ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث
مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية
لان الرد متعين عليه وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم لما ذكرنا
والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان
فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا قال ومن قال لآخر
امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور امرتني ببيعه
ولم تقل شيئا فالقول قول الامر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة
على الاطلاق قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول
المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا يرى انه يملك التصرف
بذكر لفظ المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال
المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال
لانه يسقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر
بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة رح وعندهما
يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال ومن امر رجلا ببيع عبده
فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ بالثمن كفيلا فتوى
المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن
منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما

بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقدانا به في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة لانه من حقوقه ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

فصل قال واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري **قال** الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة **قال** او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة عنده او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة الواحد والمثنى سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك فيقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبر بدخولهما **قال** وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء **قال** الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضاء او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي **قال** فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رأيه الا ان يبلغه فاجازه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضره رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بيناه اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن **قال** واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا ترى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما قال ابو يوسف ومحمد والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فاولى بسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل مسلما فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر رح هو يقول انه رضي بخصومته والقبض غير الخصومة فلم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤه بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك **قال** فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر **قال** والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء بالقبض رضى بها ولابي حنيفة انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والرد بالعيب والوكيل بالشراء والقسمة وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ

بمنزلة الوكيل بالشراء لا يكون خصماً قبل مباشرة الشراء وهذا لأن
المبادلة تقتضي حقوقاً وهو أصيل فيها فتكون خصماً فيها قال والوكيل
بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة لأنه أمين محض والقبض ليس
بمبادلة فأشبه الرسول حتى أن من وكل وكيلاً بقبض عبد له فأقام
الذي هو في يده البينة أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر
الغائب وهذا استحسان والقياس أن يدفع إلى الوكيل لأن البينة قامت
لا على خصم حاضر فلم تعتبر وجه الاستحسان أنه خصم في قصر يده لقيامه
مقام الموكل في القبض فيقتصر يده حتى لو حضر البائع تعاد البينة
على البيع وصار كما إذا أقام البينة على أن الموكل عزله عن ذلك فإنها
تقبل في قصر يده كذا هذا قال وكذا العتاق والطلاق وغير ذلك
ومعناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد والأمة على
العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحساناً
دون العتق والطلاق قال وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند
القاضي جاز إقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد
استحساناً إلا أنه يخرج من الوكالة وقال أبو يوسف يجوز إقراره عليه
وإن أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين
وهو قول أبي يوسف رح أولاً وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي
منازعة والإقرار يضاده لأنه مسالمة والأمر بالشيء لا يتناول ضده
ولهذا لا يملك الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار وكذا لو وكله
بالجواب مطلقاً يتقيد بجواب هو خصومة ولهذا يختار فيه الأهدى
فالأهدى وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعاً وصحته بتناوله ما يملكه
قطعاً وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عيناً وطريق المجاز موجود على
ما نبينه إن شاء الله تعالى فيصرف إليه تحرياً للصحة قطعاً ولو استثنى
الإقرار فعن أبي يوسف رح أنه لا يصح لأنه لا يملكه وعن محمد أنه يصح لأن
للتنصيص زيادة دلالة على ملكه إياه وعند الإطلاق يحمل على الأولى وعنه
أنه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبوراً عليه و
يخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول أبو يوسف إن التوكيل قائم مقام الموكل

الموكل وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه وهما يقولان
إن التوكيل يتناول جواباً يسمى خصومة حقيقة أو مجازاً والإقرار في مجلس
القضاء خصومة مجازاً إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة أو لأنه سبب
له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به
لكن إذا أقيمت البينة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة
حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه صار مناقضاً وصار كالأب والوصي إذا
أقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال إليهما قال ومن كفل بمال عن
رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلاً في ذلك أبداً
لأن الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملاً لنفسه في إبراء
ذمته فانعدم الركن ولأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أميناً ولو
صححناها لا تقبل لكونه مبرئاً نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهذا نظير
عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع
الدين فلو وكل الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلاً لما بيناه قال
ومن ادعى أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم
الدين إليه لأنه إقرار على نفسه لأن ما يقضيه الغريم خالص ماله فإن حضر
الغائب وصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين ثانياً لأنه لم يثبت الاستيفاء
حيث أنكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد الأداء ويرجع
به على الوكيل إن كان باقياً في يده لأن غرضه من الدفع براءة ذمته
ولم يحصل فله أن ينقض قبضه وإن كان ضاع في يده لم يرجع لأنه بتصديقه
اعترف أنه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الأخذ والمظلوم لا يظلم
غيره قال إلا أن يكون ضمنه عند الدفع لأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه
في زعمهما وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة
بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه إليه
على ادعائه فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل
لأنه لم يصدقه في الوكالة وإنما دفع إليه على رجاء الإجازة فإذا انقطع
رجاؤه رجع عليه وكذا إذا دفعه على تكذيبه إياه في الوكالة وهذا أظهر
لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له أن يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب

لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه
الى فضولى على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان
من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه
قال ومن قال انى وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم
اليه لانه اقر بمال الغير بخلاف الدين على ما مر ولو ادعى انه مات ابوه
وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع أمر بالدفع
اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه
اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام
حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدقان فى دعوى البيع عليه
قال وان وكل وكيلا بقبض ماله فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه
فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه
فلا يؤخر الحق قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف
الوكيل لانه نائب قال وان وكله بعيب فى جارية فادعى البائع رضا المشترى
لم ترد عليه حتى يحلف المشترى بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هناك
باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله وههنا غير ممكن لان
القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابى حنيفة كما هو
مذهبه ولا يستحلف المشترى عنده بعد ذلك لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا
يجب ان يتحد الجواب على هذا فى الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما
لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابى يوسف رح ان يؤخر فى الفصلين لانه
يعتبر النظر حتى يستحلف المشترى لو كان حاضرا من غير دعوى البائع
فينتظر للنظر قال ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله
فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان التوكيل بالانفاق
وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه وهذا كذلك وقيل هذا استحسان
وفى القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان فى قضاء
الدين لانه ليس بشراء فاما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه
فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب

بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التى
تضمنها عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز
حتى يعلم لان فى العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع
الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوى
الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة
فى المخبر فلا نعيده قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا
ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم
ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون
الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابى يوسف
اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات
الخمس فصار كالميت وقال محمد رح حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات
فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور فى اللحاق قول ابى حنيفة رح لان
تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او
لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا يبطل
وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر اصله فى السير
وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق
بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر فى عقودها على ما عرف قال واذا وكل المكاتب
ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل
الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر
وقد بطل بالعجز والحجر والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا
عزل حكمى فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات
الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه
وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال
رضى الله عنه وهذا عند محمد رح فاما عند ابى يوسف لا تعود الوكالة لمحمد ان
الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما
عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باقى عاد
وكيلا ولابى يوسف رح انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل

التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات
وبطلت الولاية فلا يعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلماً
وقد لحق بدار الحرب مرتداً لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد انه يعود
كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل
على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال
ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا
اللفظ ينتظم وجوهاً مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه
او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأة او بشراء شيء ففعله بنفسه
او يوكله بطلاق امرأته فطلقها الزوج ثلثاً او واحدة وانقضت عدتها
او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف
فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها
منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان
يزوجها الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد
عليه بعيب بقضاء قاض فعن ابي يوسف رح انه ليس للوكيل ان يبيعه لان
بيعه بنفسه منع له عن التصرف فصار كالعزل وقال محمد رح له ان يبيعه
مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا
وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في
الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن
دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

قال من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على
الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتني عليه مسائل الدعوى
وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام
صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون
مستحقاً بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر
والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رح في الاصل المدعى عليه هو
المنكر وهذا صحيح لكن الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق
من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال

قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعياً للرد
صورة لانه ينكر الضمان قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئاً معلوماً في
جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام
في المجهول لا يتحقق فان كان عيناً في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير
اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن
شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في
التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من
آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم
احضار العين المدعى به لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء
الله تعالى قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى به معلوماً لان
العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين
وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة
قال فان ادعى عقاراً حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به
لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان
العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود
وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة
على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهوراً يكتفى بذكره فان ذكر
ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافاً لزفر رح لوجود الاكثر
بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى به ولا كذلك تركها
وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب
وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصماً اذا كان
في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في
يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفياً
لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان
اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من
طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهوناً في يده او محبوساً بالثمن في يده
وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان

يقول في يده بغير حق قال وإن كان دينا في الذمة ذكر أنه يطالبه به لما قلنا وهذا لأن صاحب الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لأنه يعرف به قال وإذا صحت الدعوى سأل الحاكم المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم فإن اعترف قضى عليه بها لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وإن أنكر سأل المدعي البينة لقوله عم ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال فإن أحضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لأن اليمين حقه ألا يرى كيف أضيف إليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

باب اليمين

قال وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند أبي حنيفة معناه حاضرة في المصر وقال أبو يوسف ومحمد يستحلف لأن اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه به يجيبه ولأبي حنيفة رح أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة بما روينا فلا يكون حقه دونه كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع أبي يوسف رح فيما ذكره الخصاف ومع أبي حنيفة فيما ذكره الطحاوي قال ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي رح قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق وبينة الخارج أولى وقال الشافعي رح يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الإعتاق أو الاستيلاد أو التدبير ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتا أو إظهارا لأن قدر ما أثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد إذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لأن اليد لا تدل عليه وكذلك على الإعتاق وأختيه وعلى الولاء الثابت بها قال وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول وألزمه ما ادعي عليه وقال الشافعي رح لا يقضي به بل ترد اليمين على المدعي فإذا حلف يقضي به لأن النكول يحتمل التورع عن اليمين

الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار إليه ولنا أن النكول دل على كونه باذلا أو مقرا إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين الصادقة إقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه قال وينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك اليمين ثلاثا فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم إذ هو موضع الخفاء قال وإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء العذر فأما المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمنا هو الصحيح والأول أولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف وقد يكون حكميا بأن يسكت وحكمه حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح قال وإن كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة رح ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود واللعان وقال أبو يوسف ومحمد يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى لأنه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها لهما أن النكول إقرار لأنه يدل على كونه كاذبا في الإنكار على ما قدمناه فكان إقرارا أو بدلا عنه والإقرار يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد ولأبي حنيفة أنه بذل لأن معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله باذلا أولى كيلا يصير كاذبا في الإنكار والبذل لا يجري في هذه الأشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وأمر المال هين قال ويستحلف السارق فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار

كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان قال واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواهما الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يقر او يحلف وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطأ والولي يدعي العمد ولابي حنيفة رح ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة قال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعط كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر

في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا على الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر قال وتؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق عليه يمين واحدة والقاضي بالخيار ان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى قال ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التورية على موسى والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التورية على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى عليهما السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه عليه السلام ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد رح في الاصل ويروى عن ابي حنيفة رح انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله تعالى معظمة والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله تعالى قال

الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله قال ولا يحلفون في بيوت
عبادتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا يجب تغليظ
اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به و
حاصل بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها
وهو مدفوع قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف
بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لانه قد يباع العين ثم
يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله
ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما
نكاح قائم في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي
بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح
قد يجدد بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف
على السبب يتضرر المدعى عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد اما على قول
ابي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا فح
يحلف وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان
انكر الحكم على الحاصل يحلف فالحاصل هو الاصل عندهما اذا كان
سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فح
يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي مبتوتة نفقة والزوج
ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري لا يراها لانه لو حلف
على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي
وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد
المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه
يتكرر الرق عليها بالردة واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق
ولا يتكرر على العبد المسلم قال ومن ورث عبدا وادعاه آخر استحلف
على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان
وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء
سبب لثبوت الملك وضعا فاذا امتنع صار باذلا وكذلك الهبة قال
ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة دراهم

فهو جائز وهو مأثور عن عثمان رضي الله عنه وليس له ان يستحلفه على
تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

قال واذا اختلف المتبايعان
في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر
من المبيع وادعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها لان
في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما
بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا
تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة
البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات
وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي
ادعاه البائع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا
جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا
استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض
على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري
يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف
فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم
له بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فيكتفى بحلفه لكنا
عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة
قائمة بعينها تحالفا وترادا قال ويبتدئ بيمين المشتري وهذا قول
محمد وابي يوسف آخرا ورواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان المشتري
اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن او لانه يتعجل فائدة النكول
وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع تتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان
استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رحمه الله يقول اولا يبدأ بيمين البائع
لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه
بالذكر واقل فائدته التقديم وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن
بدأ القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف
البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين
وقال في الزيادات يحلف البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين

ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا قال فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد قال وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح والقول قول المشتري وقال محمد رح يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اذا اخرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته وهنا

وهنا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين قائم فيتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك من الثمن وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان ياخذ الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف رح ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابي حنيفة رح ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ رح ويصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا ياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد رح ما بيناه في القائم واذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف والصحيح ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان العقد في القائم

وتسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما
في الانقسام يوم القبض وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول
للبائع وايهما اقام البينة تقبل بينته وان اقاماها فبينة البائع اولى
وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما
بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن
ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول
قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة
السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وان
اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها
الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة
لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني
الامر عليها والبائع منكر حقيقة وفي البينات يعتبر الظاهر
لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما
والبائع مدعي ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وتترجح بالزيادة الظاهرة
على ما مر وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف رح قال ومن اشترى
جارية وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود
البيع الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق
والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة
مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة
على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا
استهلكه في يد البائع غير المشتري ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة
فلا يتحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رح لانه يرى
النص معلولا بعد القبض ايضا قال ومن اسلم عشرة دراهم في كر
حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم
لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم
بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان رأس مال السلم لو كان عرضا فرده
بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك

ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال واذا اختلف الزوجان
في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما
اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما البينة فالبينة
بينة المرأة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته
وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رح ولا يفسخ النكاح لان
اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع
فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر
المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان
الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضي بما ادعت
المرأة لشهادة الظاهر لها وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج
واقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة
على مهر المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف اولا ثم التحكيم
وهو قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط
اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج
الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف
فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على
هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت
مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا
بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة قال وان اختلفا في الاجارة قبل
استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في
المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر
والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل
استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستأجر
لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة يبدأ بيمين المؤجر وايهما
نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت بينته ولو اقاماها
فبينة المؤجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع

فبينة المستأجر وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة يقضي بشهرين بعشرة قال وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستأجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد رح لان الهلاك انما لا يمنع التحالف عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هاهنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه قال وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستأجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة رح ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بينما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعدما وقعت الفرقة قال فان مات احدهما واختلف ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو

للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة رح والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن لا يكون خصما

قال وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن ابي ليلى يندفع الخصومة بمجرد قوله وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ولا تندفع الخصومة بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال لابطال حق غيره قال واذا قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه

والا تعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رح للوجه الثاني وعند ابي
حنيفة رح تندفع لانه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره
حيث عرفه الشهود بوجه بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة
وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضره
شهوده وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة بتوفيق
الله تعالى ق وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد
ملك اعترف بكونه خصما وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني
لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه انما صار
خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لانه خصم
فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى
الفعل ق وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان
واقام البينة لم تندفع الخصومة عنه وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح
وهو استحسان وقال محمد رح تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال
غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة
والظاهر انه هو الذي في يده الا انه لم يعينه درءا للحد شفقة عليه
واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه
فلا يحترز عن كشفه ق وان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد
اودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لانهما توافقا على
ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته
فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه
لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها

باب ما يدعيه الرجلان

ق واذا ادعى اثنان عينا في يد اخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة
قضي بها بينهما وقال الشافعي في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لان
احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة
واحدة وقد تعذر التمييز فيتهاترتا او يصار الى القرعة لانه عليه السلام
اقرع فيه وقال اللهم انت تحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة رض
ان رجلين اختصما الى رسول الله عليه السلام في ناقة واقام كل واحد منهما
منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في ابتداء
الاسلام ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود
بان يعتمد احدهما سبب الملك والاخر اليد فصحت الشهادتان فيجب
العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما ينصف
لاستوائهما في سبب الاستحقاق ق فان ادعى كل واحد منهما نكاح امراة
واقاما البينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل
الاشتراك ق ويرجع الى تصديق المراة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به
بتصادق الزوجين وهذا اذا لم يوقت البينتان فاما اذا وقتا فصاحب
الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امراته
لتصادقهما وان اقام الاخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار
ولو تفرد احدهما بالدعوى والمراة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي
ثم ادعى اخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول
قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا
لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين وكذا اذا كانت المراة في يد الزوج ونكاحه
ظاهر لا يقبل بينة الخارج الا على وجه السبق ق ولو ادعى اثنان كل واحد
منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب اليد واقام البينة فكل
واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك
لان القاضي يقضي به بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين
اذا باع كل واحد منهما من رجل واجاز المالك البيعين ويخير كل واحد منهما
لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل
الثمن ق وان قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للاخر ان
ياخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه وهذا
لانه خصم فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال
ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان ياخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم يفسخ
سببه والعود الى النصف للمزاحمة ولم توجد ونظيره تسليم احد الشفيعين
قبل القضاء ونظير الاول تسليمه بعد القضاء ق ولو ذكر كل واحد منهما
تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع

الآخر به فإن وقتت احديهما ولم توقت الأخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه
في ذلك الوقت واحتمل الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان
لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من
قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا ينقض اليد الثابتة
بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل
شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة وان ادعى احدهما شراء
والآخر هبة وقبضا معناه من واحد واقاما البينة ولا تاريخ معهما
فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت
الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء والصدقة مع
القبض لما قلنا والهبة والقبض والصدقة سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما
في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم
في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لان
الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع وصار
كاقامة البينتين على الارتهان وهذا اصح وان ادعى احدهما الشراء وادعت
امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما
معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد الشراء اولى
ولها على الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج
على عين مملوك للغير صحيح وتجب قيمته عند تعذر تسليمه وان ادعى
احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما البينة فالرهن اولى
وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته
وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون
وعقد الضمان اولى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع
اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته
الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط العوض وان اقام
الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه
اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه
فان ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على

تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه وان
اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء
لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما
كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي
بينهما نصفين لان توقيت احديهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون
الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اتفقا ان الملك لا
يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه
شراء غيره ولو ادعى احدهم الشراء من رجل والثاني الهبة والقبض من
غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر
واقاموا البينة قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل
كأنهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق وان اقام الخارج البينة
على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد رح وعنه انه لا يقبل بينة
ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة
الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة
معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون
الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف
لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بيناه ولو اقام الخارج وذو اليد البينة
على ملك مطلق ووقتت احديهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد
رح اولى وقال ابو يوسف رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح صاحب
الوقت اولى لانه اقدم وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احديهما كان
صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى
الدفع ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا
اذا كانت الدار في ايديهما فلو كانت في يد ثالث فالمسألة بحالها فهما
سواء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف الذي وقت اولى وقال محمد الذي
اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع
الباعة بعضهم على البعض ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك

الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالتيقن كما لو ادعيا الشراء ولابي حنيفة رح ان التاريخ يضاده احتمال عدم التقدم فيسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فترجح جانب صاحب التاريخ قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتهما على النتاج في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة على الملك المطلق والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذلك اذا كانت الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص ولو تلقى كل واحد الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه قال وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج الا مرة واحدة كغزل القطن وكذلك كل سبب لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزي وجز الصوف وان كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم رجع الى الاصل قال وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول ان كان يدعي اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا

٢٩

ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قول محمد رح يقضي بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رح للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رح لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رح يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فيبقى على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراها ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر قال وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف قال واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر فيتنصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة

نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات قال
ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها
لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضي ببينته والنصف الذي في
يديه صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف
اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال
واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا
تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له
فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما
لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره
الحاكم رح لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده قال واذا
كان العبد في يد رجل واقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر
بوديعة فهو بينهما لاستوائهما في الاستحقاق

فصل في التنازع بالايدي

واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب
اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج
والآخر رديفه فالراكب اولى بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث تكون بينهما
لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب
الحمل اولى لانه هو المتصرف وكذا اذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق
بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما
جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان
القعود ليس بيد عليه فاستويا قال وان كان ثوب في يد رجل وطرف منه في
يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا يوجب زيادة
في الاستحقاق قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا
حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده
لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي
في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة المتاع بخلاف ما
اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه
في حال صغره قال واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللآخر

عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليست بشيء
لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا
فيها ولاحدهما حمل عليها وللآخر كوز معلق بها والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره
ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان
بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط وقوله والهرادي ليست بشيء يدل على انه
لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا
حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما ولو
كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر
منها بعد الثلثة وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة
وللآخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته
ثم قيل ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفين
لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة وجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر
خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد
والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان
الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال
فالاول اولى ويروى الثاني اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب
الاتصال اليد والتصرف اقوى وجه الثاني ان الحائطين بالاتصال يصيران
كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر
حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي رح وصححها الجرجاني
قال واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد آخر بيت فالساحة
بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها قال واذا ادعى
الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد
واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة
لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام
احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقاما
البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا يستحق لاحدهما من غير حجة وان
كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف

والاستعمال فيهما

باب دعوى النسب

قال وإذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وأمه أم ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لأن البيع اعتراف منه بأنه عبد فكان في دعوته متناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شاهد وهو ظاهر على كونه منه لأن الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض وإذا صحت الدعوة استندت إلى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فيفسخ البيع لأن بيع أم الولد لا يجوز ويرد الثمن لأنه قبضه بغير حق وإن ادعاه المشتري مع دعوة البائع أو بعده فدعوة البائع أولى لأنها أسبق لاستنادها إلى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لأنه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة إلا إذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لأنا تيقنا أن العلوق لم يكن في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من أهله وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولأقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه إلا أن يصدقه المشتري لأنه احتمل أن لا يكون العلوق في ملكه فلم يوجد الحجة فلا بد من تصديقه وإذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والأم أم ولد له كما في المسألة الأولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك قال فإن مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر لم يثبت الاستيلاد في الأم لأنها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته إلى ذلك فلا يتبعه استيلاد الأم قال وإن ماتت الأم فادعاه البائع وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر يثبت النسب في الولد وأخذه البائع لأن الولد هو الأصل في النسب فلا يضره فوات التبع وإنما كان الولد أصلا لأنها تضاف إليه يقال أم الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام أعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والأدنى يتبع الأعلى ويرد الثمن كله في قول أبي حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الأم لأنه تبين أنه باع أم ولده ومالية أم الولد غير متقومة عنده في

العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها قال وفي الجامع الصغير وإذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد أعتق المشتري الأم فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري إنما أعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق أن الأصل في هذا الباب الولد والأم تابعة له على ما مر وفي الوجه الأول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الأم فلا يمتنع ثبوته في الأصل وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فإنه حر وأمه لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالأصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وإنما كان الإعتاق مانعا لأنه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق والثابت في الأم حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الإعتاق لأنه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الأول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الأول فهو ابنه ويبطل البيع لأن البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع لأجله وكذلك إذا كاتب الولد أو رهنه أو آجره أو كاتب الأم أو رهنها أو زوجها ثم كانت الدعوة لأن هذه العوارض تحتمل النقض فينتقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الإعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما إذا ادعاه المشتري أولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لأن النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كإعتاقه قال ومن ادعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه لأنهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لأن التوأمين ولدان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لأنه لا حبل لأقل من ستة أشهر وفي الجامع الصغير إذا كان في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لأنه لما ثبت نسب الذي عنده

لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه فيثبت به حرية الاصل
فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق
المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان
هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وههنا يثبت تبعا لحريته فيه
حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يثبت نسب الولد الذي عنده
ولا ينتقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال
فيقتصر على محل ولايته ق واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي
فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف
اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد
برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان
لا يحتمل النقض الا يرى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري
على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء
اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف
ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه
فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب
نفسه ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله
لا يرتد بالرد فبقي فيمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته
لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد
التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسئلة
الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء
من جانب الام الى قوم الاب فكذا يعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى
وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا
على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه
اقراره بالنسب لغيره ق واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني
هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني وهو حر لان الاسلام
مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه

لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية
ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه
اكتسابها ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام
وهو اوفر النظرين ق واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها
حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج
لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه
يحمل على نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد
اما النسب فيثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عم قبل شهادة القابلة
على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة وقد مر في
الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان
فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه
وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك
عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت
انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما
او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق
عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل
آخر غير صاحبي يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب
المقر لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال
ومن اشترى جارية فولدت عنده واستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد
يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك
يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة
ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا
في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه
الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا يعتبر قيمته يوم الخصومة لانه يوم
المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث
ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم
قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله له

كسلامته ومنع بدل المنفعة فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع

كتاب الاقرار

واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ماذونا لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان ق فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا ق والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال حتى لو بين في نفس الحر او الزوجة لا يصح وقيل يصح والاول لا يصح ولا بد من ان يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة او قطرة ماء لا يصح والتعويل في الكل على العادة ولو بين العقار او في خمر المسلم صح لانه مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة ق ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل ويقبل قوله في القليل و

والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا ق ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رح انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع وان قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر حتى يجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه ق ولو قال دراهم فهي ثلثة لانه ادنى الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد ق ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره ق وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان على صيغة ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا قال رضي الله عنه وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ق ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او

فيقضى به فهو اقرار بامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده
وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما ق واذا قال له رجل لي عليك
الف درهم فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهذا اقرار
لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكأنه قال اتزن الالف
التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى المذكور
والتأجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء
كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة
الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين ق ومن اقر بدين
مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التأجيل لزمه الدين حالا لانه اقر
على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة
بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسألة في الكفالة
ق ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على المنكر ق ولو قال
له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال له مائة وثوب لزمه ثوب واحد
والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي لان المائة
مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة
على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا
تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر
استعماله وذلك عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير
والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها فبقي
على الحقيقة وكذا اذا قال على مائة وثوبان لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة
اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم يذكر بحرف
العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير وكان كلها ثيابا
ق ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله
غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب
الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في
السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان
كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع ق ومن اقر بدابة في

في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ومثله الطعام في البيت
ق ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ق
ومن اقر بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ق ومن
اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا ق وان قال
غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو
قال على ثوب في ثوب لزماه لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد
لانه ضرب لا ظرف قال وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد
عند ابي يوسف رح وقال محمد احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف
في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف رح ان حرف في يستعمل
للبين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع
الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله
على الظرف فتعين الاول محملا ق ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة ويريد
الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن يلزمه
خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه
عشرة لان اللفظ يحتمله ق ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين
درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط
الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر رح يلزمه ثمانية
ولا تدخل الغايتان ق ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط
فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت المسألة في الطلاق

فصل

ق ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه
فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم
انه كان قائما وقت الاقرار لزمه وان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث
حتى يقسم بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد
الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر
باعني او اقرضني لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا ق وان ابهم الاقرار لم يصح
عند ابي يوسف وقال محمد يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن

بالحمل على السبب الصالح ولأبي يوسف ان الاقرار مطلقة ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا يحمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح الاقرار ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء وما في معناه

قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح فيهما وقال الشافعي رح يصح فيهما لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية وهذا في الدينار ظاهر والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا يصلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء رأس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير

نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكأنه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال المصنف رحمه الله هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والآخر ينكر واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد اشتريته منه ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقرار بوجوب المال رجوعا الى كلمة علي وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارية بان اشترى عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد فان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول له وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر الكلام للوجوب مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض

والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم اقبضه
فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب
الثمن وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف
درهم من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح وصل
ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب
وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب فصار
كما اذا قال في اخره ان شاء الله تعالى قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال ولو قال له
علي الف درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة
وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة رح وقالا ان قال موصولا يصدق
وان قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى
هذا اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما انه بيان مغير فيصح
بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف
بحقيقته والستوق بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا
مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رح ان
هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى
العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري
بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان والبيع
يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة يصح استثناء لانه مقدار
بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف
ما اذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا عيب
فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رح في غير رواية الاصول
انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب رد مثل المقبوض وقد يكون زيفا
كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فينصرف مطلقه اليها ولو قال
لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع لان
اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق عند ابي حنيفة رح لان مطلق الاقرار ينصرف
الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه
الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان

قد يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد فلا تعامل
فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة
بالمعيب كان القول له وعن ابي يوسف رح انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض
اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص بعدما اقر
بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست
من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل
وان قال في هذا كله الف ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق ان فصل وان وصل
صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة
لانها وصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا
ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز
عنه ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له لان الغصب لا يختص
بالسليم ومن قال لاخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل
اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة فقال غصبتنيها
لم يضمن والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى
ما يبرئه وهو الاذن والاخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني اضاف
الفعل الى غيره وذاك يدعي سبب الضمان وهو الغصب فكان القول للمنكر
مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء فان قال قائل اعطاؤه
والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه
ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان
وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الاخر لا بل قرضا حيث يكون
القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان بالاذن
الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والاخر ينكر فافترقا فان قال هذه
الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه ياخذها لانه اقر
باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر فالقول للمنكر وان قال اجرت دابتي هذه
فلانا فركبها وردها او قال اجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده فالقول قوله وهذا
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب
وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبي هذا

بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الاختلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع ووجه آخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد يكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاه لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا ههنا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي رح دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال

استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة حجر فافترقا وانما تقدم الديون المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا ولو اقر بعين في يده لآخر لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة قال فاذا قضيت يعني الديون المقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة واذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير فكان المقر له اولى من الورثة لقول عمر رض اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته في التكفين قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي رح في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته

ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره
قال وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في
الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان له
التصرف في الثلث الباقي لان الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل قال ومن
اقر لاجنبي في مرضه ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان اقر
لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى
وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر
على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية قال ومن طلق زوجته في مرضه ثلثا ثم
اقر لها بدين ومات فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه لانهما متهمان فيه لقيام
العدة وباب الاقرار مسدود للورثة فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها
زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت **فصل** قال ومن اقر بغلام
يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه
وان كان مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد
مثله لمثله كيلا يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه
يمنع ثبوته من غيره وانما يشترط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر
عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج
الاصلية قال ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث
المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة
والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ويقبل اقرار المرأة
بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير
وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق له او تشهد بولادته
قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة
تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب
بعد موت المقر لان النسب يبقى بعد الموت وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح
باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند ابي حنيفة
لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها عندنا ولا يصح التصديق
على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق

يستند الى اول الاقرار قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو
الاخ والعم لا يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان له
وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت نسبه
منه لا يزاحم الوارث المعروف فان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لان له
ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الا ترى ان له ان يوصي بجميعه عند
عدم الوارث فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير
وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر في مرضه باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله
كان للموصى له ثلث المال ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلتها
حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان
كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب
لم يثبت فبطل الاقرار قال ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه
في الارث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك
في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره عليه
حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق قال ومن مات وترك ابنين وله
على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين فلا شيء للمقر وللآخر
خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون
فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر انهما تصادقا
على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض
على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور

كتاب الصلح

قال الصلح على
ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح
مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عم كل صلح جائز فيما بين
المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي رح لا يجوز مع انكار او سكوت
لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ
فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة ولنا ما
تلونا واول ما روينا وتاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح
على ان لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه لان المدعي
يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن

نفس وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز قال فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل قال وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة قال والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك قال واذا صالح عن دار لم تجب فيها شفعة معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه ياخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح على دار حيث تجب فيها الشفعة لان المدعي ياخذها عوضا عن المال فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه باقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعي لان الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك

كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال وان ادعى حقا في دار لم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد الامرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

فصل قال والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقد ما امكن قال ويصح عن جناية العمد والخطاء اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما انها نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية ههنا يصار الى الدية لانه موجب ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه هو الموجب الاصلي ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونه وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانه تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جناية الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا تصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي

باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لان تعين الحق
بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير
بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا تجوز الزيادة على ما تعين ق ولا يجوز عن دعوى
حد لانه حق الله تعالى لا حقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض
اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما
اشرعه الى الطريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد
عنه ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع ق واذا ادعى
رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز
وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها
بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان ياخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا
كان مبطلا في دعواه ق واذا ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال
بذله لها جاز قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه
الاول ان يجعل زيادة في مهرها ووجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان
جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض في الفرقة وان لم يجعل
فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح ق واذا
ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعي بمنزلة
الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على
حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه
حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت
الولاء ق واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه
وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته
ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وصار كالاجنبي
اما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق
كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه ق ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون
المائة فاستهلكه فصالحه عنها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هو القيمة وهي
مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة

الزيادة لا يظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل
تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة ولابي حنيفة رح ان حقه في الهالك باق
حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة
ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله
اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد
القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة ق واذا كان العبد بين رجلين
اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل
باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة رح ان
القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي
فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالح
على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ق ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح
عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتاويل هذه المسألة اذا كان الصلح
عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض
فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان
يضمنه لانه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان
الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب
بالمال هو الوكيل دون الموكل ق وان صالح رجل عنه بغير امره فهو
على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه
ليس الا البراءة وفي حقها المدعى عليه والاجنبي سواء فصلح اصيلا فيه
اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه
كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح
شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط
ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك ان قال صالحتك على الف
هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه
فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا لو قال على الف وسلمها لان التسليم
يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك

علي الف فالعقد موقوف فان اجاز المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه
بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له
الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم
يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال المصنف رحمه الله
ووجه اخر ان يقول صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى
نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد
او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه
ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع بشيء بخلاف
ما اذا صالح على دراهم سماها وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا
حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم
فاذا لم يسلم له ما سلم رجع عليه ببدله

باب الصلح في الدين

وكل شيء
وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على
انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على اخر الف درهم فصالحه على
خمسمائة وكمن له على اخر الف درهم جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز
وصار كانه ابرأه عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن
ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة
الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجلة جاز وكانه اجل
نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز
فحملناه على التأخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير
غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة
وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له الف
مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير
مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو
حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير
مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة
وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة
سود لانه اسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين

الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه
يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه
على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير
كلها والدراهم الا مائة وتأجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد
او لان معنى الاسقاط فيه الزم ومن له على اخر الف درهم فقال اد الي
غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء وان لم يدفع
اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا يرى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث
ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه
فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالابراء
ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسمائة
في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه
وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة
فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه او لانه
متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة و
ستخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى قال المصنف رحمه الله وهذه المسئلة
على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة
تدفعها الي غدا وانت بريء من الفضل على انك ان لم تدفعها غدا فالالف
عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل
به والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة
غدا فالابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا
واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في
تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل
مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا
لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال اد الي
خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح
الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا

لا يكون الاداء عوضا صحيحا لان الاداء واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد
بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض
صحيح والحط في الحاصل اذا قال ان اديت الي خمسمائة او قال اذا اديت او متى
اديت والجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق
البراءات بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم
لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك
حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره لامكانه اقامة
البينة او التحليف ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال ذلك علانية يؤخذ
به

فصل في الدين المشترك

واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما
من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان
شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين
المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض
لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة
راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الثمرة والولد فله حق المشاركة ولكنه
قبل المشاركة باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه
بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك
ان يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال
المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك اذا عرفنا هذا نقول في
مسئلة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته لان القابض
قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له حق المشاركة
الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك ولو استوفى احدهما
نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان
على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة
ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه ان يضمنه ربع
الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح
لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير
القابض كما ذكرناه ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء

والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع
ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق
المشاركة فله ان لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك
القابض لانه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة
بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابرأه
عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي
على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف رح اعتبارا
بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض ولو
غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض و
الاستيجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف
والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد واذا
كان السلم بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على راس المال لم يجز عند
ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما
اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة
يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الآخر بخلاف
شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قائم بهما
فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه
رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا
اذا خلطا راس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف
وعلى الوجه الثاني على الاتفاق

فصل في التخارج

واذا كانت التركة بين
ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض
جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان
فانه صالح تماضر الاشجعية امراة عبد الرحمن بن عوف رض عن ربع ثمنها على
ثمانين الف دينار وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا
فاعطوه فضة فهو كذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض
في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى
بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا فلا بد

ثم بتجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح قال وان كانت
التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة او ذهب فلا بد ان يكون
ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة
بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه
من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز
مطلقا لعدم الربوا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم
ودنانير ايضا جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في
البيع لكن يشترط التقابض للصرف قال واذا كان في التركة دين على الناس
فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح
باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح وان شرطوا
ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط
او هو تمليك الدين ممن هو عليه وهو جائز وهذه حيلة الجواز واخرى ان
يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة فالاوجه
ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على
استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة
والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه شبهة
الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان غير معلومة
قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه يجوز لانها لا تفضي
الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وان كان على الميت
دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يتملكها الوارث وان
لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجة الميت
ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز
قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي بها لان
المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس
بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست
الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير
والغني وبعث النبي عليه السلام والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت

به الصحابة رض ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه
لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح
فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب
العامل اجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال
المضاربة عقد على الشركة بمال من احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو
يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا
يرى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان
قرضا قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع
اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه
توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل
به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح
المضاربة لان عند ابي حنيفة لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما
يصح لكن يقع الملك في المشترى للآمر فتصير مضاربة بالعرض قال ومن شرطها
ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة لان شرط ذلك
يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال فان شرط زيادة عشرة
فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح
وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه
نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر
المشروط عند ابي يوسف خلافا لمحمد كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم
يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد
وعن ابي يوسف انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال
في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين
مستاجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده
وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة
على المضارب قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب لا يد لرب المال فيه لان
المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة
من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من

التصرف فيه أما العامل فالشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما
لم تنعقد الشركة وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع خلوص يد
المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقدا
أو غير عاقد كالصغير لأن يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب
وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط
عمل صاحبه لقيام الملك له وإن لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب
وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الأب و
الوصي لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه
عليهما بجزء من المال قال وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع
ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لإطلاق العقد والمقصود منه
الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو
من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الإبضاع والإيداع والمسافرة
ألا يرى أن المودع له أن يسافر فالمضارب أولى كيف وأن اللفظ دليل عليه
لأنها مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير وعن أبي يوسف أنه ليس له أن
يسافر وعنه وعن أبي حنيفة أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر لأنه تعريض
على الهلاك من غير ضرورة وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو
المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب إلا أن يأذن له رب
المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد
من التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه وكان كالتوكيل فإن الوكيل لا يملك
أن يوكل غيره إلا إذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه دونه
فيتضمنه وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد هو
التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة
فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا تجوز الزيادة عليه أما الدفع مضاربة من
صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال وإن خص
له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها
لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة
إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى

غيره قال فإن خرج إلى غير تلك البلدة فاشترى ضمن وكان ذلك له
وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة وهي التي
عينها للتصرف برئ من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع
المال مضاربة على حاله لبقائه في يده مضاربة بالعقد السابق وكذا إذا رد بعضه
واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما
قلنا ثم شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة
ضمنه بنفس الإخراج والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال
الرد إلى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج وإنما شرط
الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب وهذا بخلاف ما إذا قال على أن تشتري
في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة
واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل
في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه ومعنى التخصيص أن يقول على أن
تعمل كذا أو في مكان كذا وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه
تفسير له أو قال فاعمل به في الكوفة لأن الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف
بالكوفة لأن الباء للإلصاق أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله
أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال
على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة
به في المعاملة بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع في
الصرف على أن تشتري من الصيارفة وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير
أهلها أو من غير أهل الصيارفة جاز لأن فائدة الأول التقييد بالمكان
وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك قال
وكذلك إن وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لأنه توكيل فيتوقت
بما وقته والتوقيت مفيد وأنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان
قال وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقرابة أو غيرها لأن
العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعتقه
ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة
بخلاف البيع الفاسد لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل

صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف ق فإن كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وإن اشترى ضمن مال المضاربة لأنه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لأنه لا مانع من التصرف إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لأن هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما إذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لأنه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة ق فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي موسر فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وإن شاء أعتق ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما أعني الأم والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة إذا صار أعيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لأن ذلك إنشاء العتق فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك أما هذا إخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه وإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لأن عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله أن يستسعي الغلام لأنه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق لأن المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة رح ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي نصف

قيمة الأم لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تقدم دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب رب المال لأن هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا ههنا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح فإذا ربح ضمن الأول لرب المال وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر رح يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل وهو رواية عن أبي يوسف رح لأن المملوك له الدفع على وجه الإيداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما أن الدفع إيداع حقيقة وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولأبي حنيفة رح أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول وإن عمل الثاني لأنه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رح وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يكون ضامنا أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامنا ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرطا لأنه ظهر أنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما إذا دفع مال نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد لأنه عامل له كما في المودع ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا

لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث قال فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له بان يدفعها الى غيره فدفعها بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على ان ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استوجر على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر غيره عليه بنصف درهم قال وان كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا قال ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما قال ولو كان قال له على ان ما رزق الله تعالى فلي نصفه او قال فما كان من فضل فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استوجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستاجر غيره ليخيطه بمثله قال وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في

عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استوجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف

فصل

واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده الماذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين فان كان عليه دين فهو للغرماء وهذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد الماذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رح لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف

فصل في العزل والقسمة

قال واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل قال وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رح لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه قال وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها لا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على راس المال وانما ينض بالبيع قال ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل قال فان عزله وراس المال دراهم او دنانير وقد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه

ليس في اعماله عزلا ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس راس المال فان لم يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها قال واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير لان الربح كالاجر له وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكّل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير يقال له احِل مكان قوله وكّل والمراد منه الوكالة وعلى هذا ساير الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجر عادة قال وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون راس المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا اقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه او كله ترادّا الربح حتى يستوفي رب المال راس المال لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء راس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من راس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من راس ماله فاذا استوفى راس المال فان فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا قال ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر

فصل فيما يفعله المضارب

قال ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا لعادة التجار وللماذون ان ياذن لعبده في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع

بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف رح فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احتال بالثمن على الايسر او الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والاستيجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برايك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى براس المال السلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا بشغل ذمته بالدين ولو اذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لانه تبرع محض قال ولا يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب الا ترى انه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال فانه اكتساب لكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة كذا هذا قال ولو دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر رح تفسد المضاربة لان رب

بتصرف في مال نفسه لا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح إذا
شرط العمل عليه ابتداء ولنا أن التخلية قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب
فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والإبضاع توكيل منه فلا يكون استردادا
بخلاف ما إذا شرط عليه العمل في الابتداء لأنه يمنع التخلية وبخلاف ما إذا دفع
المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح لأن المضاربة تنعقد شركة على
مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي إلى قلب
الموضوع وإذا لم يصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا يبطل به المضاربة
الأولى قال وإذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وإن سافر
فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شراء وكراء في المال ووجه الفرق
أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب
في المصر ساكن بالسكنى الأصلي وإذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق
النفقة فيه وهذا بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالإنفاق
من ماله أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد فلو أنفق من ماله
يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجير وبخلاف البضاعة لأنه
متبرع قال فلو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء
الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر إن كان بحيث يغدو ثم يروح
فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وإن كان بحيث لا يبيت بأهله
فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه للمضاربة والنفقة هي ما تنصرف إلى
الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن جملة ذلك غسل ثيابه وأجرة أجير يخدمه
وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج إليه عادة كالحجاز وإنما يطلق في
جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما
بين التجار قال فأما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه
يدخل في النفقة لأنه لإصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به فصار كالنفقة
وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع وإلى الدواء بعارض المرض
ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها قال وإذا ربح أخذ رب
المال ما أنفق من رأس المال فإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع
من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه لأن العرف جار بإلحاق الأول

الأول دون الثاني ولأن الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني
لا يوجبها قال فإن كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة من
عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لأنه استدانة على رب المال فلا ينتظمه
هذا المقال على ما مر فإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه لأنه عين
مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة
بخلاف القصارة والحمل لأنه ليس بعين مال قائم به ولهذا إذا فعله الغاصب
ضاع ولا يضيع إذا صبغ المغصوب وإذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله
اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه فصل آخر قال فإن كان معه ألف بالنصف
فاشترى بها بزا وباعه بألفين فاشترى بالألفين عبدا فلم ينقدهما حتى
ضاعا يغرم رب المال ألفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد
للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره حاصل
الجواب لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد إلا أن له حق الرجوع على رب
المال بألف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه أنه لما نض
المال ظهر الربح وهو خمسمائة فإذا اشترى بالألفين عبدا صار مشتريا ربعه
لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين وإذا ضاعت الألفان
وجب عليه الثمن لما بيناه وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه
وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لأنه مضمون
عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة
لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة لأنه دفع
مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة إلا على ألفين لأنه اشتراه
بألفين ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة ثلاثة
آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال وإن كان معه ألف
فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه إياه بألف فإنه يبيعه مرابحة على
خمسمائة لأن هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وإن
كان بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الأمانة والاحتراز
عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين قال ولو اشترى المضارب عبدا بألف
وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لأنه اعتبر

عدّ ثانياً في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال عفو في البيوع قال فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأً فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعاً لأنه لما صار المال عيناً واحداً ظهر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لأن قيمته ألفان وإذا فديا خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب فلما بيناه وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لأن جميع الثمن فيه على المضارب وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة ولأن العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعاً لا على المضاربة يخدم المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم قال فإن كان معه ألف فاشترى بها عبداً فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع إليه رب المال لأن المال أمانة في يده فلا يصير مستوفياً إنما يكون بقبض مضمون وحكم الأمانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعاً إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفياً لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل المال فهلك لا يرجع لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده أما المدفوع إليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفياً فإذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف

قال فإن كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إليّ ألفاً وربحت ألفاً وقال رب المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول قول المضارب وكان أبو حنيفة رح يقول أولاً القول قول رب المال وهو قول زفر لأن المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب لأن الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضميناً كان أو أميناً لأنه أعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وأيهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لأن البينات للإثبات قال ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفاً وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعي عليه تقويم عمله أو شرطاً من جهته أو يدعي الشركة في الربح وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لأن المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لأن الأصل فيها العموم والإطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لأن الأصل فيها التخصيص ولو ادعى كل واحد نوعاً فالقول لرب المال لأنهما اتفقا على التخصيص والإذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان وعدم الحاجة الآخر إلى البينة ولو وقتت البينتان وقتاً فصاحب الوقت الأخير أولى لأن آخر الشرطين ينقض الأول

كتاب الوديعة

قال الوديعة أمانة في يد المودَع إذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولأن بالناس حاجة إلى الاستيداع فلو ضمّناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم قال وللمودع أن يحفظها بنفسه وبمن في عياله لأن الظاهر أنه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولأنه لا يجد بداً من الدفع إلى عياله لأنه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضياً به فإن حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة ولأن الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره إيداع إلا إذا استأجر الحرز فيكون حافظاً بحرز نفسه قال إلا أن يقع في داره حريق فيسلمها إلى جاره أو يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها إلى سفينة أخرى لأنه تعين طريقاً للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما إذا ادعى الإذن في الإيداع قال فإن طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لأنه متعد بالمنع وهذا لأنه لما طالبه لم يكن راضياً بإمساكه بعده فيضمنه بحبسه قال

وإن خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند أبي حنيفة رح وقالا إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما أنه لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل إلى أيهما شاء وله أنه استهلاك من كل وجه لأنه فعل يتعذر معه الوصول إلى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لأنها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو أبرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا حق له إلا في الدين وقد سقط وعندهما بالإبراء يسقط خيرة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك إلى الضمان وهذا بالإجماع لأنه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لأن أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة رح ينقطع حق المالك إلى الضمان لما ذكرنا وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعا للأكثر اعتبارا للغالب أجزاء وعند محمد شركه بكل حال لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها إذابة لأنه يصير مائعا بالإذابة

قال وإن اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما إذا انشق الكيس فاختلط لأنه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق

قال فإن أنفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لأنه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم

قال وإذا تعدى المودع في الوديعة بأن كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا فاستخدمه أو أودعها غيره ثم أزال التعدي وردها إلى يده زال الضمان وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لأن عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ إلا بالرد على المالك ولنا أن الأمر باق لإطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فإذا ارتفع عاد حكم العقد كما إذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد إلى يد نائب المالك

قال فإن طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لأنه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو بالإمساك غاصب مانع فيضمنها فإن عاد إلى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد إذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود أحد المتعاقدين البيع فتم الرفع أو لأن المودع ينفرد بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل وإذا ارتفع لا يعود إلا بالتجديد فلم يوجد الرد إلى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود إلى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند أبي يوسف رح خلافا لزفر رح لأن الجحود عند غيره من باب الحفظ لأن فيه قطع طمع الطامعين ولأنه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه أو طلبه فيبقى الأمر بخلاف ما إذا كان بحضرته

قال وللمودع أن يسافر بالوديعة وإن كان لها حمل ومؤنة عند أبي حنيفة رح وقالا ليس له ذلك إذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي رح ليس له ذلك في الوجهين ولأبي حنيفة رح إطلاق الأمر والمفازة محل الحفظ إذا كان الطريق آمنا ولهذا يملكه الأب والوصي في مال الصبي ولهما أنه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر أنه لا يرضى به فيتقيد والشافعي يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وصار كالاستحفاظ بأجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالي به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ بأجر لأنه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد وإذا نهاه المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لأن التقييد مفيد إذ الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحا

قال وإذا أودع رجلان عند رجل وديعة فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع إليه نصيبه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة رح وقالا يدفع إليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا ألفا فغاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما سلم إليه وهو النصف ولهذا كان له أن يأخذه فكذا يؤمر هو بالدفع إليه ولأبي حنيفة رح أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لأنه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه إلا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع بخلاف الدين المشترك لأنه يطالبه بتسليم حقه لأن

الديون تقضى بامثالها فلو قدر ان ياخذه قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع
على الدفع كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه
ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه قال وان اودع رجل عند رجلين
شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل
واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظ احدهما باذن الآخر
وهذا عند ابي حنيفة رح وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا
سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين
لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما
فيما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى
اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض دون الكل فوقع التسليم
الى الآخر من غير رضاء المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع
المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما
الاجتماع عليه آناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان المالك راضيا
بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال قال واذا قال صاحب الوديعة للمودع
لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه
المودع ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما
اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ
على يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل
مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان
الشرط مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع
مراعاة هذا الشرط فاعتبر قال وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها
في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار
واحدة لا يتفاوتان في الحرز قال وان حفظها في دار اخرى ضمن لان
الدارين تتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت
بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي
نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال ومن اودع رجلا وديعة
فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يضمن الآخر وهذا

عند ابي حنيفة رح وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع
على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان
المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض
فيخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان
فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع
عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن
ما لم يفارقه لحضور رأيه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم
فيضمن بذلك واما الثاني فيستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا
يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره قال ومن كان في يده الف فادعاها
رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف بينهما
وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها
الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد
لتغاير الحقين وبايهما بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية
ولو تنازعا اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف
لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل اعني للثاني
يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف
ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به اما النكول انما
يصير حجة عند اتصال القضاء به فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف
وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضى بينهما نصفين على ما ذكرنا في الكتاب
لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب
الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار
قاضيا نصف حق كل واحد بنصف الآخر فيغرمه فلو قضى القاضي للاول
حين نكل ذكر الامام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني
واذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لانه يقدمه اما
بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف رح انه ينفذ
قضاؤه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد
لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف

قلنا فيما بعد الغيبة لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول بهبة يحلف بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه وينبغي ان يحلف عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رح خلافا له وهذه فريعة تلك المسئلة وقد وقع في بعض الاطناب

كتاب العارية

العارية جائزة لانها نوع احسان وقد استعار النبي عم دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي رح يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية مشتقة من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظ التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظ الاباحة وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا يكون ضائرة ولان الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره ان شاء الله تع ق وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا ق واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمرى سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره ق وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه ق والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي رح يضمنها لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا

فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه ق وليس للمستعير ان يواجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر يرجع على المواجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم ق وله ان يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رح ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة ههنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فيجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال رض وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهو على اربعة اوجه احدها ان يكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني ان يكون مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس

ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه بنفسه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب

قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلده

قال واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري رح في المختصر وذكر الحاكم الشهيد رح انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم توخذ منه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك

قال واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجر مؤنة الرد فيكون عليه

قال واجرة رد العين المستاجرة على المواجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمواجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده

قال واجرة رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه

قال واذا استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط

قال وان استعار عينا فردها الى دار المالك ولم يسلمها اليه لم يضمن لما بينا

قال ولو رد المغصوب والوديعة الى دار المالك ولم يسلمها اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه

قال ومن استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مسانهة او مشاهرة لانها امانة فله ان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا يرى انه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة

قال ومن اعار ارضا بيضاء للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في عارية الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تختص بالزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح بالايجاب والقبول والقبض

اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رح يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عم لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا قال وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا تنعقد بقوله اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث يكون عارية لان عينها لا تطعم واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته قال ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية

لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى ونحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح والبيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فيناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع قال ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع قال واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه قال واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة

ملكها الابن بالعقد لان قبض الاب ينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله

قال وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضائر فاولى ان يملك النافع

قال واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب

قال وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر ان ينتزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه

قال وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز ومعناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة مع حضوره

قال واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رح وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما كانه عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى فقال وكذلك الصدقة لانه

لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين

قال ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفها وللآخر نصفها فعن ابي يوسف فيه روايتان فابو حنيفة مر على اصله وكذا محمد رح والفرق لابي يوسف ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض

باب الرجوع في الهبة

قال واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد لانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها في الكتاب فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او يزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه

قال فان وهب لآخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع في غيرها

قال وان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر المانع

وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى قال وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع ولو ابانها بعدما وهب فلا رجوع قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرده قال وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا او بالقضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل

وتبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

فصل

قال ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك قال فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا يرى ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال ومن له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منها بريء او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره له عمره واذا

مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا
تبطل بالشروط الفاسدة **م** والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما انه عليه السلام
اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك
واللفظ من المراقبة كانه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر واذا لم تصح
تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

فصل في الصدقة

والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا تجوز في مشاع
يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب
وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على
الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود هو الثواب وقد حصل **قال**
ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان
يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا
الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك
وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب يتصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل

كتاب الاجارات

قال الاجارة عقد يرد على المنافع بعوض لان الاجارة
في اللغة بيع المنافع والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة
واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد
شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه
وقوله عليه السلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على
حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها
ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال
وجود المنفعة ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا
ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة فصار كجهالة الثمن
والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة
لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا في البيع يصلح
اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي
والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارضين

للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة
كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت
اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها
عسى الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي المستأجر ملكها وهي
ما زاد على ثلث سنين هو المختار **قال** وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا
على صبغ ثوبه او خياطته او استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها
مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة وقدر
المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة
قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما
وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد
من بيان الوقت **قال** وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن
استأجر رجلا بان ينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله
والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل
او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي رح تملك بنفس
العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد
فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب
حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة
التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت
الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت
حقا له وقد ابطله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها لان
تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت
به **قال** فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام
تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد
فسقط الاجرة وان وجد الغصب في بعض المدة سقط الاجر بقدره اذ الانفساخ
في بعضها **قال** ومن استأجر دارا فللمؤجر ان يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة
مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق في العقد لانه بمنزلة التأجيل وكذلك

اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة
كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة يقول اولا لا يجب
الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رح لان المعقود عليه
جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه
العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة
لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره
فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى
يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا
اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا الا ان
يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم ومن استاجر خبازا ليخبز له
في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور
لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر
له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار
مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة رح لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر
له لانه مضمون عليه فلا يبرا الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز
واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فالغرف عليه
اعتبارا للعرف قال ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا استحق الاجرة
اذا اقامها عند ابي حنيفة وقالا لا يستحقها حتى يشرجها لان التشريج من تمام
عمله لانه لا يؤمن الفساد قبله فصار كالاخراج من التنور ولان الاجير هو
الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة ان العمل قد تم
بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا يرى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل
الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير
منتفع به قبل الاخراج وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله
ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله
حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع فلا ضمان عليه عند
ابي حنيفة رح لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك

المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد رح العين كانت مضمونة
قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له
وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى وكل صانع ليس لعمله
اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس
العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب
نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا
اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا
الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلثة وقال زفر رح ليس له حق الحبس في الوجهين لانه
وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة
اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا
قبض المشتري بغير رضى البائع واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له
ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة
في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته
ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين **فصل** ومن
استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات
فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض
بقدره ومراده اذا كانوا معلومين وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة
ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وهو قول
ابي يوسف وقال محمد رح له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع
المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته
ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما
في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسئلة التي
تلي هذه المسئلة وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب
بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجره ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة
فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود
عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسئلة الكتاب على قول محمد رح لان المعقود عليه
هناك قطع المسافة على ما مر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانها لا تتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود فيه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما ففي ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان لها نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فحينئذ يتملكهما بغير رضاه او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال في الجامع الصغير اذا انقضت الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل

المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة كالملح لانعدام الرضا فيه وان استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون فيه وما هو غير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة رح ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية وقيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك ومعناه اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق وقيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرا بالعود وهذا اصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمير

فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في
التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة
فان كان لا يسرج بمثله ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا
وان اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر ضمن لما قلنا في السرج وههنا اولى وان
اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن بحسابه
لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به
الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة
فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفة ان الاكاف
ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر
الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فكان مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة
وان استاجر حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس
فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين
تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد
فانه تقييد مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس
فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار
مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله
في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر
لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة
فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار
عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها
ولا اجر له لانه غاصب للارض على ما قررناه ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه
قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء
واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو ذو طاق
واحد فكان شبه القميص لانه يستعمل استعمال القباء وقيل هو مجرى على اطلاقه
لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة رح انه يضمنه من غير خيار لان
القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه
وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجانبين شاء

شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى
كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى
ولو خاطه سراويل وقد امره بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة
والاصح انه يخير لاتحاد اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه
فضرب منه كوزا فانه يخير كذا ههنا

باب الاجارة الفاسدة

الاجارة تفسدها الشروط كما يفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ والواجب في
الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي رح يجب بالغا
ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة
الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا
في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة
واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين
متقومة في نفسها وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا
ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور
الا ان يسمي جملة شهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت على ما لا نهاية
له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد
فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح ولو سمى
جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة قال فان سكن ساعة من الشهر
الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر
يسكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره
في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل
واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر ويومها لان في اعتبار الاول بعض الحرج
وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة
لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يسم
قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره
لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان
الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة
لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رح وهو

رواية عن ابي يوسف رح وعند محمد رح وهو رواية عن ابي يوسف الاول بالايام و
الثاني بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة ولا ضرورة في الاول منها وله انه
متى تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة
ونظيره العدة وقد مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام
فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام ما رآه المسلمون
حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي ان النبي عليه السلام احتجم واعطى الحجام
الاجرة ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا قال ولا يجوز اخذ اجرة
عسب التيس وهو ان يؤاجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت
عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه قال ولا الاستيجار على الاذان والحج وكذا
الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز
الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي رح يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه
استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرأوا القرآن
ولا تأكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله عليه السلام الى عثمان بن ابي العاص وان
اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت
عن العامل ولهذا تعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجرة عن غيره كما في الصوم
والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون
ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستيجار على
تعليم القرآن اليوم لظهور التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع
حفظ القرآن وعليه الفتوى قال ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر
الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال ولا يجوز اجارة
المشاع عند ابي حنيفة رح الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته
ان يؤاجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان
للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار
كما اذا آجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة انه آجر ما لا يقدر
على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت
تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن فيه واما التهايؤ فانما
يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم

شرط جواز العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا
آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على
انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطاري لان القدرة على التسليم
ليست بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع
بتفرق الملك فيما بينهما طاري قال ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى
فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله
عليه السلام وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها
للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل
ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق
الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان
مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن
الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا
بالاستيجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للطبخ والخبز وله
ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على
الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز وغيره لان الجهالة فيه تفضي
الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة
واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم ان
يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام
وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان ويشترط
بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة
يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة
اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال وليس للمستاجر ان يمنع
زوجها من وطيها لان الوطي حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له
ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه عن غشيانها
في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا
على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ

اذا ارضعت ابنها قال وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل
انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل
ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك يكون على الظئر اما الطعام فعلى
والد الولد وما ذكر محمد رح ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل
الكوفة قال وان ارضعته في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق
عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا
المعنى انه اختلف العمل قال ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر
مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه
جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عم
وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف
به فساد كثير من الاجارات سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن
تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول اذ حصوله بفعل الاجير فلا يعد
هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف
الآخر حيث لا يجب الاجر لان المستاجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا
بينهما ومن استاجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء
يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز بالاجر
قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي
بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا
ما بلغ عند محمد رح لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استاجر
رجلا ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا
ويجعل ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله ان المعقود
عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل
يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في
الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم
وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر
مثله في الطلاق قال ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها

ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا يتاتى الزراعة الا
بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون
من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فان اشترط ان يثنيها او يكري
انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من
مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان
مؤاجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه تبقى بعد المدة فيصير
صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا
شبهة في فساده وقيل ان يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض
الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلث سنين لا تبقى
منفعته وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو
الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل قال وان استاجرها ليزرعها بزراعة
ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رح هو جائز وعلى هذا الخلاف اجارة السكنى
بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى
جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده
يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد
ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس
بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر
احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له
وقال الشافعي رح له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا جائز
فصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام او عبدا
مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره على عمل لا وجود له لان الحمل فعل
حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم
المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا
لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع
ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك
نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع قال ومن استاجر ارضا ولم يذكر
انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستاجر

للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض وما لا
يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل
فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا
فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب
جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول
قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم
ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان
العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ
بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما
قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا
للفساد اذ الفساد قائم بعد

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير
مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ
والقصار لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل
للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال
والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر
ويضمنه عندهما الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي
عن عمر وعلي رض انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق
عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة
كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن
الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته
ولابي حنيفة رح ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو
هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب
والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف المودع باجر
لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف من عمله كتخريق الثوب
من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من
مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظم
بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل

تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر
وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا
فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما
نحن فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف اجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى
وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال الا انه لا يضمن به بني آدم ممن
غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان
الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان
العقود لا يتحمله العاقلة قال واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض
الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجرة له وان شاء
ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه اما الضمان فلما قلنا
والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه واما الخيار فلانه اذا انكسر
في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه
آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر
فيميل الى اي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى
وفي الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا قال واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ
ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير
بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا بامر مولاه فمات فلا ضمان عليه
وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية لانه
يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل
ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمنا لان قوة الثوب ورقته يعرف بالاجتهاد
فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في
المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد
لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر
مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير
الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده
لانه قبض باذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك
نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس والاجير الوحد لا يتقبل الاعمال

فيكون الثلاثة غاية فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره بالتصرف في ملكه صح وتصير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمن

باب الاجارة على احد الشرطين

قال واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا خيره بين ثلاثة اشياء وان خيره بين اربعة اشياء لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار قال وان قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل والتاخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة رح ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل فاذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاط في اليوم الثالث

الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رح وهو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليها الى ما بعد الغد اولى ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان اسكنته حدادا فبدرهمين جاز واي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رح وقالا الاجارة فاسدة وكذا ان استاجر بيتا على انه ان سكن فيه فبدرهم وان اسكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز ومن استاجر دابة الى الحيرة فبدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استاجرها الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه مجهول وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الفارسية والرومية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة رح انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا يرى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة فلو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به

باب اجارة العبد

ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل وفي القياس لا تجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر وصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة فاذا جاز لم يكن للمستاجر ان ياخذه منه ومن غصب عبدا فاجر العبد نفسه واخذ الغاصب الاجرة فاكلها فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا هو

ضامن لانه اكل مال المالك بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر ولان
الضمان انما يجب باتلاف المحرز لان التقوم به وهذا غير محرز لان التقوم
به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما
في يده وان وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض
العبد الاجر في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما بينا
ومن استاجر عبدا هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول
منهما باربعة لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز
او نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر
عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء اخر الشهر وهو ابق او مريض فقال
ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بساعة
فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول الاجر لانهما اختلفا
في شيء محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا
وان لم يصلح حجة في نفسه واصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك
ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان
تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول قول
صاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا يرى انه لو انكر اصل الاذن كان
القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه واذا
حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان
شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء
ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به
المسمى وذكر في بعض النسخ ويضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب وان
قال صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب
عند ابي حنيفة رح لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع
يدعيه والقول قول المنكر مع اليمين وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفا له
اي خليطا له فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا
على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر
فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص
على الاجر اعتبارا بالظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة لانه منكر والجواب عن
استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق

باب فسخ الاجارة

قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ
لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل
القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي
بالعيب فيلزمه تسليم جميع البدل كما في البيع وان فعل الموجر ما ازال به العيب
فلا خيار للمستاجر لزوال سببه قال واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة
او انقطع الماء عن الرحا انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهو
المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد
المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على
وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في المبيع وعن محمد رح ان الاجر لو بناها ليس
للمستاجر ان يمتنع ولا للاجر وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو
انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء
من المعقود عليه قال واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت
لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة
بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان كان عقدها لغيره لم تنفسخ
مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى قال ويصح
شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي رح لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد
المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للموجر فلا يمكنه
التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة لا يستحق
القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة
وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخلاف العيب فكذا بخيار
الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيشترط
فيه دونه ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي بعض
المدة قال وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رح لا تفسخ الا بالعيب
لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا

ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب
قبل القبض في البيع فيفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في
موجبه الا بتحمل ضرر زايد لم يستحق بالعقد وهذا هو معنى العذر عندنا وهو
كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استاجر طباخا
ليطبخ لطعام الوليمة فاختلعت منه تنفسخ الاجارة لان في المضي عليها
الزام ضرر زايد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه
فذهب ماله وكذا من اجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمه ديون لا يقدر على قضائها
الا بثمن ما اجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجري على موجب العقد
الزام ضرر زايد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال
اخر ثم قوله فسخ القاضي العقد اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض
وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه
عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي
ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد
بالفسخ وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق
فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين
يحتاج الى القضاء لظهور العذر ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له
من السفر فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زايد لانه ربما
يذهب للحج فذهب وقته او في طلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا
للمكاري فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره
ولو مرض المواجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل وروى الكرخي رح انه عذر
لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن اجر عبدا
ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر في المضي على موجب العقد وانما يفوته
الاسترباح وانه امر زايد واذا استاجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل
فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو
راس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط باجر فراس ماله
الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه وان اراد ترك الخياطة
وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية

ناحية وهو يعمل للصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استاجر دكانا
للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل اخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل
لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما العمل
ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام
ضرر زايد لان خدمة السفر اشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم
يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف
ما اذا اجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة من
غيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او الزام
الاجرة بدون السكنى وذلك ضرر

مسائل منثورة

ومن استاجر ارضا او
استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء من ارض لقوم اخرين فلا ضمان
عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البير في دار نفسه وقيل هذا
اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة يضمن لان موقد
النار يعلم انها لا تستقر في ارضه واذا اقعد الخياط او الصباغ في حانوته
من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا
بوجاهته يقبل العمل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة
فيما يحصل ومن استاجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل
المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة وقد يفضي ذلك الى
المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع
وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا
لم ير الوطاء والدثر وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة
واقرب الى تحقق الرضاء وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه
في الطريق جاز له ان يرد عوض ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق
فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند
البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

واذا كاتب المولى عبده
او امته على مال شرط عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تعالى
فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما هو
امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه

اما الندبية فمتعلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العقد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رض وما اخترناه قول زيد بن ثابت رض ويعتق باداىه وان لم يقل المولى اذا اديتها الي فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع

قال ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت به ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق

قال ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء والبيع لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا واخره كذا فاذا اديتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص لا يكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة

قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج عن يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقق مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى

السفر وان نهاه المولى واما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتاخره لانه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه

قال فان اعتقه عتق بعتقه لانه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بحصول العتق به وقد حصل بدونه

قال واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

قال واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة

قال فان ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف رح انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن ابي حنيفة رح انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء العوض المشروط واما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع

قال ولا ينقص من المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق

بأداء القيمة لأنه هو البدل إذا أمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة
في الفساد بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لأنه لا يوقف فيه
على مراد العاقد لاختلاف أجناسه فلا يثبت العتق بدون إرادته وكذا لو
كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لأنه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين
بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الألف الدراهم وهي لغيره جاز لأنها
لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن الحسن عن
أبي حنيفة رح أنه يجوز حتى إذا ملكه وسلم يعتق وإن عجز يرد في الرق لأن المسمى
مال والقدرة على التسليم موهومة فأشبه الصداق قلنا العين في المعاوضة
معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ
كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح
ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى ولو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رح أنه
يجوز لأنه يجوز البيع عند الإجازة فالكتابة أولى وعن أبي حنيفة رح أنه لا يجوز
اعتبارا بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب وفي الجامع أنه لا يفيد ملك المكاسب
وهو المقصود لأنه ثبت للحاجة إلى الأداء منها ولا حاجة فيما إذا كان البدل
عينا معينا والمسئلة فيه على ما بيناه وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز
غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح
والجامع صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن أبي حنيفة رح
رواه أبو يوسف أنه إذا أداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا
قال إذا أديت إلي فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن أبي يوسف
أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق
بأداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة الكتابة
على الأعيان وقد عرف في كتاب الأصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهي
وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى إليه عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة
عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة وتقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب
وقيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا بما بقي لأن العبد المطلق
يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط فكذا يصلح مستثنى منه وهو الأصل في
أبدال العقود ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وإنما يستثنى قيمته والقيمة

والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف
فالكتابة جائزة ومعناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف إلى
الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح أما إذا لم يبين الجنس مثل أن
يقول دابة لا يجوز لأنها تشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة وإذا بين
الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة
البدل بجهالة الأجل فيه وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لأنه معاوضة فأشبه
البيع ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه
النكاح والجامع أنه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لأنه مبني على المماكسة
وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه إذا كان مقدارا
والعبد كافر لأنها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر
لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك إذ الخمر غير معين
فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمرا ثم
أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لأن القيمة تصلح بدلا
في الكتابة في الجملة فإنه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول
فجاز أن يبقى العقد على القيمة أما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا
فإذا قبضها عتق لأن في الكتابة معنى المعاوضة فإذا وصل أحد العوضين
إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان العبد مسلما
حيث لم تجز الكتابة لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أداها عتق وقد بيناه
من قبل

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر
لأن موجب الكتابة أن يصير حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به
تصرفا يوصله إلى المقصود وهو نيل الحرية بأداء البدل والبيع والشراء من
هذا القبيل وكذا السفر لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج إلى المسافرة
ويملك البيع في المحاباة لأنه من صنيع التجار فإن التاجر قد يحابي في صفقة
ليربح في الأخرى فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانا
لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد
وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب
العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح

فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه
في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة
في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر
اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال ولا
يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل
الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له قال ولا
يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك
ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة
واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه
ولا يتكفل لانه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه
نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب وان
وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب
للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد قال وكذلك ان كاتب عبده
والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رح لان ماله العتق والمكاتب
ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه
كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا
بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب
للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت
له قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع
ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد
لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا فلو ادى الاول بعد
ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل
عن المعتق وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل
ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له قال وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه
او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما
الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس وكذا
الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص العبد

وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب
لاستفادته المهر على ما مر قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة
المكاتب لانهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة
نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية قال واما الماذون له فلا يجوز له
شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح له ان يزوج امته
وعلى هذا المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب
واعتبره بالاجارة ولهما ان الماذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة واما
المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر
بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم
تزويج العبد **فصل** واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه
من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر
الامكان الا يرى ان الحر متى كان يملك الاعتاق عتق عليه وان اشترى ذا رحم
محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رح وقالا يدخل اعتبارا
بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق
الحرية وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى
ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا تجب
نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة
الولاد فالحقناها بالثاني في حق العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان
العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه
واذا اعتق لا يكون له فسخه قال واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم
يجز بيعها معناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا
واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها
وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف ومحمد لانها ام ولده
خلافا لابي حنيفة وله ان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد لان كسب
المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا
كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء
والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري

وكان حكمه حكمها وكسبه لها لأن كسب الولد كسبها ويكون كذلك قبل الدعوة
فلا ينقطع بالدعوة اختصاصها وكذلك اذا ولدت المكاتبة ولدا لأن حق امتناع
البيع ثابت فيهما مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد قال وان زوج
أمته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لأن
تبعية الأم أرجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال وان تزوج المكاتب
باذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ثم استحقت فأولادها عبيد
ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج وهذا عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح أولاده أحرار بالقيمة لأنه شارك الحر في
سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لأنه ما رغب في نكاحها الا لينال
حرية الأولاد ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لأن الأصل
أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية خالفنا هذا الأصل في الحر باجماع الصحابة
رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بالقيمة الناجزة
وههنا بالقيمة المتأخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الأصل ولا يلحق به قال وان وطئ
المكاتب أمة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر
يؤخذ به في الكتابة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك
المأذون له ووجه الفرق أن في الفصل الأول ظهر الدين في حق المولى لأن التجارة
وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لأنه لولا الشراء لما
سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر أما لم يظهر في الفصل الثاني لأن
النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة قال واذا اشترى
المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في الكتابة وكذلك
العبد المأذون له لأنه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة
يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق
المولى **فصل** واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على
الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له لأنه تلقتها جهتا حرية
عاجل ببدل وآجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر
لأن المولى يملك الاعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة
واذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها و

ومنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها
بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه مكاتبتها وما بقي ميراث
لابنها جريا على موجب الكتابة فان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لأنه حر ولو
ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا أن يدعي لحرمة وطئها عليه ولو لم يدع وماتت
من غير وفاء سعى هذا الولد لأنه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق
وبطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال واذا كاتب
المولى أم ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة
ولا تنافي بينهما لأنها تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد
لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لأن الغرض من ايجاب
البدل العتق عند الأداء فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فسقط
وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير أنها تسلم لها الأولاد
والأكساب لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأولاد والأكساب
لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت
بالكتابة لأنها باقية قال فان كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ
الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرها
فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة وهذا عند أبي حنيفة
وقال أبو يوسف تسعى في الأقل منهما وقال محمد تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها وثلثي
بدل الكتابة فالخلاف في الخيار والمقدار فأبو يوسف مع أبي حنيفة رحمهما الله في المقدار
ومع محمد في نفي الخيار أما الخيار ففرع تجزي الاعتاق عنده لما تجزى بقي الثلثان
عبدا وقد تلقتها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير و
عندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالين فتختار
الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير وأما المقدار فلمحمد رح أنه قابل البدل بالكل وقد
سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ألا ترى أنه لو سلم لها
الكل بأن خرج من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث وصار كما
اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط
منه شيء وهذا لأن البدل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا
معنى وارادة لأنها استحقت حرية الثلث ظاهرا فالظاهر أنها لا تلتزم

المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلثا على الف كان جميع الالف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل يقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا قال وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة وقالا تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا اما المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بينا قال واذا اعتق المولى مكاتبه عتق بعتقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنها تفسخ برضاء العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه قال فان كان كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز والقياس ان لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربوا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة ليس بمال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربوا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فتكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربوا والاجل فيه شبهة قال واذا كاتب المريض عبده على الفي درهم الى سنة وقيمته الف درهم ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى اجله او يرد رقيقا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخرها وصار كما اذا خالع المريض امرأته على الف الى سنة جاز لان له ان يطلقها بغير بدل ولهما ان جميع المسمى بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان

لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظيره ههنا اذا باع المريض داره بثلثة الاف درهم الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري ادّ ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال وان كاتب على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتب المولى على هذا يعتق باداية بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الالف العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان يأخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه قال وايهما ادى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا

عليه والغائب متبرع بغير مضطر اليه وليس للمولى ان يأخذ الغائب بشيء
لما بينا فان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة
للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل
عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه كذا هذا
واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم ادى
لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا
في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه
ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف
ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رح وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى
فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد
الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له
حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء
فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة
نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف فهو
بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز واذا كانت جارية بين
رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول
لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه ام ولد له
لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما
في المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا
ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد
للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك
نصيبها لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن شريكه
كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان
ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ
ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان
الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا

واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد هي ام ولد للاول ولا يجوز وطء الآخر لانه لما ادعى الاول
الولد صارت كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن
بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة
فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه
ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صارت كلها ام ولد له
فالآخر وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه
بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن
احدى الغرامتين واذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف
بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط
نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة
فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي بقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر
المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطي العقر لاختصاصها بابدال منافعها
ولو عجزت وردت في الرق ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا ويضمن
الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف رح نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب
شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول
محمد رح يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق
شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء
فللتردد بينهما يجب اقلهما واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل
التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز
واما عند ابي حنيفة فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه
صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر
وهي ام ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن شريكه
نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو
تملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا
ووجهه ما بيناه واذا كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت
ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رح وقالا

لا يرجع عليهما لانهما لما عجزت وردت في الرق تبين كانها لم تزل امة والجواب
فيه على الخلاف في الترجيع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئلة تجزي الاعتاق
كما قررناه في العتاق فاما قبل العجز ليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة رح
لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق
كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان
لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا و
يستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار
(قال) واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر
فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته وان شاء استسعى العبد وان
شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق
ويستسعي او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رح ووجهه ان التدبير يتجزى عنده
فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق
والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين و
الاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب
شريكه فله ان يضمن قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه
ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف
بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلثة البيع
واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث
واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب
مدبرا فابق وان اعتقه احدهما اولا كان للآخر الخيارات عنده فاذا دبره لم
يبق له خيار التضمين وبقي له خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق و
يستسعى وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا دبره احدهما فعتق الآخر باطل لانه لا يتجزى
عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا
لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه
صادفه التدبير وهو قن وان اعتقه احدهما اولا فتدبير الآخر باطل لان
الاعتاق لا يتجزى عندهما فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يضمن
نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان
الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه
او مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلث نظرا للجانبين
والثلث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون
للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ
الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه
نجمان لقول علي رض اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط
ولانه عقد ارفاق حتى كان احسن مؤجلة وحالة الوجوب بعد حلول النجم فلا بد
من امهال مدة استيسارا واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب
الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن
اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات
فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه بخلاف اليومين والثلث لانه لا بد منها لامكان
الاداء فلم يكن تاخيرا والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما
ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها (قال) فان اخل بنجم عند
غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي
من غير عذر فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه
عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض (قال) واذا
عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب
فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال
التوقف (قال) فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله
وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده
وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رح
تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رض
ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو
اما ان يثبت بعد الموت مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول
لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت
في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا تبطل بموت

احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى
ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد من
جانبه والموت ينافي المالكية دون المملوكية فينزل حيا تقديرا او يسند الحرية باسناد
سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف
تمامه في الخلافيات ° وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في
كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد
داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء ° وان
ترك ولدا اشتراه في الكتابة قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او ترد رقيقا وهذا عند
ابي حنيفة رح اما عندهما تؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع
انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر اكسابه ولابي
حنيفة رح وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد
فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد
ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل وقت
الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه
ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من اجزاء حيوته
يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا حرا
يرث عن حر وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد
ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم
بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر ° وان مات المكاتب وله ولد من
حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضي به على عاقلة الام لم يكن ذلك
قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق
الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء
الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا ° وان اختصم موالي الام
وموالي الاب في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في
الولاء مقصودا وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت
مات عبدا فاستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات
حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه

من القضاء فلهذا كان تعجيزا ° وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه
ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن
العتق واليه وقعت الاشارة النبوية صلى الله عليه وسلم في حديث بريرة رضي الله عنها
هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له
يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب
له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد رح
ظاهر لانه بالعجز عنه يتبدل الملك وكذا عند ابي يوسف رح وان كان بالعجز
يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل
الآخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة
حرمته والاخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير
اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة تطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق
المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده ° واذا جنى العبد فكاتبه
مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدى لان هذا موجب جناية العبد
في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء لان
الكتابة مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي ° وكذا اذا جنى المكاتب ولم
يقض به حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضي به عليه في كتابته ثم عجز
فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد رجع ابو يوسف رح اليه وكان يقول اولا يباع فيه
وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر رح لان المانع من الدفع وهو الكتابة
قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر
وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال
فيتوقف على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف
الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد
لانهما لا يقبلان الزوال بحال ° واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة
كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه
وقيل له اد المال الى ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه
والسبب انعقد كذلك فتبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه

في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة فان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه بدل الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا ابرئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابرأه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا لو جعلناه ابراء اقتضاء لتصحيح العتق والاعتاق لا يثبت بابراء البعض او ادائه في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبي عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه وقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف

واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولان التناصر به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما عن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين وتستوي فيه الاعتاق بمال وبغيره لاطلاق ما ذكرناه فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح واذا ادى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه

واذا تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها فيقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل

ولاؤه عنه ابدا عملا بما روينا وكذا اذا ولدت ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لمولى الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام الى موالي الاب لان العتق ههنا في الولد يثبت تبعا بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالي الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه كولد الملاعنة ينتسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينتسب اليه بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاكثر من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لانه يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا وفي الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة كما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هنالك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت له اولادا فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة رح وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف رح حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان

الاب عربيا بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حق الكفاءة والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رضي الله عنه والخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف رح مواليهم موالي ابيهم لان الولاء وان كان ضعيفا فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب او لان النصرة به اكثر قال وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته وورث ابنة حمزة رض على سبيل العصوبة مع قيام وارث واذا كان عصبة يقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي رض فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث الثاني فتاخر عن العصبات دون ذوي الارحام ق فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لما ذكرنا وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر باهل بيت النسبة وبالمولى الانتصار على ما مر والعصبة تاخذ ما بقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن

عن النبي عليه السلام وفي آخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر قد بيناه ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلف فيه من تكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه اقربهما عصوبة وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب

فصل في ولاء الموالاة

واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رح الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا لا تصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل رسول الله عليه السلام عن رجل اسلم على يد آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث يشاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق قال فان كان له وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الارحام وارث فلا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرا عن ولائه

لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لتعلق حق الغير به ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

قال الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة رح ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه تشترط خوف المكره وقوع ما يتهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يواجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخ ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي

التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز وتلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دليل الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز

فصل

واذا اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر ان اكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف

ذلك فيسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول
هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في حالة المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها
ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او على العضو حتى لو خيف في ذلك بالضرب وغلب
على ظنه يباح ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقعوا به
ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا لغيره على اهلاك نفسه فيأثم
كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون
آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد
الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه
الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول
الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله او سب رسول الله صلى الله
عليه وسلم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف منه على
نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب
الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى قال فاذا خاف على ذلك وسعه ان
يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه
لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال له عليه السلام كيف وجدت قلبك
قال مطمئنا بالايمان فقال عليه السلام فان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره
وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام
التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر
حتى قتل ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى
صلب وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في
الجنة ولان الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم
للاستثناء قال وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو
من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة
المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره
فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل قال وان اكرهه بقتل على قتل غيره لم يسعه
ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح
لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال والقصاص على المكره ان كان عمدا قال

رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر رح يجب على المكره وقال
ابو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعي يجب عليهما لزفر رح ان الفعل من المكره حقيقة
وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه
سقط حكمه وهو الاثم واضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب
المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا
حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف رح ان القتل بقي مقصورا
على المكره من وجه نظرا الى التأثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت
الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة
للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على
دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي
اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون
الذكاة حتى يحرم كذا هنا قال وان اكرهه على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع
ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي رح وقد مر في الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه
بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا
كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية
او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان
لانه مؤاخذ باتلافه قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان
لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف
السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلافا
للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها
لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق
ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة
لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره
زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ
ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا
اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة
والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع من جانبها طلاق

أو يمين لا يعمل فيه الإكراه، فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام. قال: وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رح إلا أن يكرهه السلطان، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجب الحد. قال: وإذا أكره على الردة لم تبن امرأته منه لأن الردة تتعلق بالاعتقاد، ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئنا بالإيمان لا يكفر، وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك. فإن قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول له استحسانا لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد، ومع الإكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله، بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الإسلام في الحالين لأنه يعلو ولا يعلى، وهذا بيان الحكم، أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعتقد فليس بمسلم. ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة، وهي دارئة للقتل. ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة، لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه، وحكم هذا الطائع ما ذكرناه. ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره. وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد صلى الله عليه وسلم ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة، ولو صلى للصليب وسب محمدا عليه السلام وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي عليه السلام بانت ديانة وقضاء لما مر. وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهي.

كتاب الحجر

الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة: الصغر والرق والجنون. فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن وليه، ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده، ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال. أما الصغير فلنقصان عقله، غير أن إذن الولي آية أهليته، والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به، غير أن المولى بالإذن رضي بفوات حقه، والجنون لا تجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال، أما العبد أهل في نفسه والصبي ترتقب أهليته، فلهذا وقع الفرق. قال: ومن باع من هؤلاء شيئا أو اشترى وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه، لأن التوقف في العبد لحق المولى فيتخير فيه، وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه، ولا بد أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الإجازة، والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة، وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة. فإن قيل التوقف عندكم في البيع، أما الشراء فالأصل فيه النفاذ على المباشر، قلنا نعم إذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي، وههنا لم نجد نفاذا لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه. قال: وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال، لأنه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة، بخلاف الأقوال لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه، إلا إذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص، فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون. قال: والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا إقرارهما لما بينا، ولا يقع طلاقهما ولا إعتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه، والإعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة، ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة، فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا ينفذان بمباشرته، بخلاف سائر العقود. قال: وإن أتلفا شيئا لزمهما ضمانه إحياء لحق المتلف عليه، وهذا لأن كون الإتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الإشهاد، بخلاف القولي على ما بيناه. قال: وأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه لقيام أهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه، لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه، وكل ذلك إتلاف ماله. قال: فإن أقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الأهلية وزوال المانع، ولم يلزمه في الحال لقيام المانع. وإن أقر بحد أو قصاص لزمه في الحال لأنه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك. وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا إلا الطلاق، ولأنه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلا، وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ.

باب الحجر للفساد

قال أبو حنيفة رح: لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه، وتصرفه في ماله جائز وإن كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة. وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي رح: يحجر على السفيه ويمنع من التصرف

في ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه
نظرا له اعتبارا بالصبي بل أولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير
وفي حقه حقيقة ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه
ما منع من يده ولابي حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا
لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير
فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب
الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع الاعلى
بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي
لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطاء آلة القدرة
والجري على خلافه بسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات
والصدقات وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى القاضي آخر
فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا ترى انه لم يوجد
المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من
الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان
تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض
بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رح اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ
خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه واذا بلغ خمسا وعشرين
سنة يسلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس
رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار
كالصبي ولابي حنيفة رح ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا
ظاهرا وغالبا الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع
ولان المنع باعتبار اثر الصبا وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان
فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة رح لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال
عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتاتى التفريع على قوله واما التفريع على قول من
يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه
وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف
للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا له فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع

البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رح لانه لا بد
من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من
فعل القاضي وعند محمد رح لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة
الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ
عتقه عندهما وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه
الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل
يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان
في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح والاصل عنده ان
الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا
الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه واذا صح
عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق
الا انه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد رح انه لا يجب
السعاية لانه لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع
الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا
انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يونس منه
الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد
التدبير ولو جاءت جارية بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا
والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان
لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها
وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد
بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد
جارية فهو على هذا التفصيل وان تزوج امراة جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه
الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه
من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية
ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل
الدخول وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا
اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا وتخرج الزكوة من مال

السفيه لانه واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن يجب نفقته من
ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذي الرحم
واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع
قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة
لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه
ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر
او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله
فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير
فعله فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها وجبت عليه بايجاب الله تعالى
من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها
عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع
منها استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة
من الحج ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع
من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند عبد
الله بن عمر رض لا يجزيه غيرها وهي جزور او بقرة فان مرض واوصى بوصايا
في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه
عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا
في كفاية المنتهي ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق
الاصلي والطاري سواء وقال الشافعي رح يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه
ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم
رشدا الآية وقد اونس منه نوع رشد فتتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من
اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم و
يحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي رح بسبب الغفلة وهو ان يغبن
في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

فصل في حد البلوغ

وبلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد
ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام
والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة
وهو قول الشافعي رح وعنه في الغلام تسعة عشر وقيل المراد ان يطعن في التاسع
عشرة ويتم له ثماني عشرة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض
النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة
والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل فجعل
كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفي
حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة الفاشية ان البلوغ لا يتأخر
فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة
سنة هكذا قاله ابن عباس رض وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبني الحكم
عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوءهن وادراكهن اسرع فنقصنا في
حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج
لا محالة واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقال
قد بلغت فالقول قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من
جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول
المرأة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة لا احجر في الدين
واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان
في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص فان كان له مال لم يتصرف
فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه
ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء
المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى
لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزاه نظرا له وفي هذا الحجر نظر
للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان
يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل فلا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم
فلا يمنع منه وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين الغرماء بالحصص
عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب
القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة والمستحق قضاء
الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة والحبس لقضاء

الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتأخير
حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال وان كان دينه دراهم وله
دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من
غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد
ذلك باعها القاضي في دينه وهذا عند ابي حنيفة رح استحسانا والقياس ان لا
يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان يأخذه جبرا وجه
الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر
الى الاتحاد تثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن
ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها
واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض
ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع
مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان
فيه كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال فان اقر في
حالة الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق
الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه
مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا آخر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق
بهذا المال لعدمه وقت الحجر وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده
الصغار وذوي ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء
ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت في مقدار
مهر مثلها اسوة للغرماء قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه
وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد
ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها
الى ان قال وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة
الى الميسرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان
لم يكن اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح
ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع
يمكنه وطؤها لا يمنع منه لانه قضاء احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى

قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا
يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان اراد
باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص
لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين الغرماء الا ان
يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة
ويستحق النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة لا يتحقق القضاء بالافلاس لان
مال الله غاد ورائح ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح
للدفع لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان
بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو
العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه
يدور معه اينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه
بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع
خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه
في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل
عليه بالملازمة ضرر بين بان لا يمكنه من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا
للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها لما فيها من الخلوة
بالاجنبية ولكن يبعث امرأة امينة تلازمها قال ومن افلس وعنده متاع
لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رح
يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبايع خيار الفسخ لانه عجز المشتري عن
ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البايع عن تسليم المبيع وهذا لانه
عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب
العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره
وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما
مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال
ممتنع فاعطي للعين حكم الدين

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفي
الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا ثم العبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته
لانه بعد الرق اهل للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن

التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا لتعلق الدين برقبته
او كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا
يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التاقيت حتى لو اذن لعبده
يوما او شهرا كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم
الاذن كما يثبت بالتصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى عبده يبيع ويشتري
فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي ولا فرق بين ان يبيع
عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا
لان كل من رآه يظنه ماذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن ماذونا
له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن المولى
لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة
ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول
الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع
او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش
عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع
حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد
متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون له ولو
حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع
ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان
كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري ادّ جميع المحاباة والا فاردد
البيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء
لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء
واستيفاء ويملك ان يتقبل الارض ويستاجر الاجراء والبيوت لان
كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري
طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عليه السلام الزارع يتاجر ربه
وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها لانه من عادة التجار
وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي هو يقول لا يملك العقد على نفسه
فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا

اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس
فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة فلا ينحجر بها ويحصل بها المقصود وهو
الربح فيملكه قال فان اذن له في نوع منها دون غيره فهو ماذون في جميعها وقال
زفر والشافعي لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن
التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية
من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما
خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك
يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف
في مال غيره فيثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى
كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المولى فيه قال
وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام ومعناه ان يأمره بشراء
ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار ماذونا ينسد عليه باب
الاستخدام بخلاف ما اذا قال ادّ الي الغلة كل شهر كذا او قال ادّ الي الفا وانت
حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب او قال اقعد صباغا او قصارا
لانه اذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير ماذونا في الانواع قال واقرار
الماذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار من توابع
التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بينما اذا
كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين
الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة لانه كالمحجور
في حقه قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف
يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن
التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملكه تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي
الماذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي قال ولا يكاتب
لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن
تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا
عنه ويرجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال
لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب

بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة ق الا ان يهدى اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابى يوسف ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا باس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا باس للمراة ان يتصدق من منزل زوجها بالشىء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه فى العادة ق وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة فى الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه وله ان يؤجل فى دين وجب له لانه من عادة التجار ق وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعى لا يباع ويباع كسبه فى دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك فى تعلقه بكسبه حتى اذا فضل شىء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب فى ذمة العبد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهى داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر فى حقه بدخول المبيع فى ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافى تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدا بالكسب فى الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله فى الكتاب وديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو فى معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستيجار وضمان المغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطى المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به ق ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان

فضل شىء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين فى ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشترى ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه فى الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان ياخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم ق فان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر به الناس لتاخير حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه فى السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذى علم بحجره انحجر ولو حجر عليه فى بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما فى تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به وانما يشترط الشيوع فى الحجر اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر ق ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب صار الماذون محجورا لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هو الاصل فلا بد من قيام اهلية الاذن فى حالة البقاء وهى تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته ق واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعى يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافى ابتداء الاذن فكذا لا ينافى البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر ق واذا ولدت الماذون لها من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر هو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة

المولى بقيمتها إن ركبتها ديون لإتلافه محلا تعلق به حق الغرماء إذ به يمتنع
البيع وبه يقضى حقهم وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها فدبرها
المولى فهي مأذون لها على حالها لانعدام دلالة الحجر إذ العادة ما جرت بتحصين
المدبرة ولا منافاة بين حكميهما أيضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في
أم الولد وإذا حجر على المأذون له فإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي
حنيفة رح ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين
عليه فيقضى مما في يده وقالا لا يجوز إقراره لهما أن المصحح لإقراره إن كان
هو الإذن فقد زال بالحجر وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور عليه غير معتبرة
فصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره
ولهذا لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله أن المصحح هو اليد ولهذا
لا يصح إقرار المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط
بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته وإقراره دليل تحققها بخلاف ما إذا انتزعه
المولى من يده قبل الإقرار لأن يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل بإقراره
وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل بإقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما إذا
باعه لأن العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا
لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع وإذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك
المولى ما في يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبي حنيفة وقالا يملك ما في
يده ويعتق وعليه قيمته لأنه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا
يملك إعتاقه ووطء الجارية المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لأنه يثبت
الملك نظرا للمورث والنظر في ضده عند إحاطة الدين بتركته أما ملك
المولى ما ثبت نظرا للعبد وله أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه
عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول بها فلا يخلفه
وإذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته وإذا نفذ عندهما يضمن قيمته
للغرماء لتعلق حقهم به وإن لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم
جميعا أما عندهما فظاهر وكذا عنده لأنه لا يعرى عن قليل فلو جعل مانعا لانسد
باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث
والمستغرق يمنعه وإن باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لأنه كالأجنبي عنه

عن كسبه إذا كان عليه دين وإن باعه بنقصان لم يجز لأنه متهم في حقهم بخلاف ما
إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة رح لأنه لا تهمة فيه وبخلاف ما إذا باع المريض
من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه
حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير
فافترقا وقالا إن باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى إن شاء أزال
المحاباة وإن شاء نقض وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء
ووجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر
عنهم وهذا بخلاف البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر
بإزالة المحاباة والمولى يؤمر به لأن البيع باليسير منها متردد بين التبرع
والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع من المولى
للتهمة غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي
بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة
المحاباة لأن المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى
ولا إذن في البيع مع الأجنبي وهو آذن بمباشرته بنفسه غير أن إزالة المحاباة
لحق الغرماء وهذان الفرقان على أصلهما وإن باعه المولى شيئا بمثل القيمة
أو أقل جاز البيع لأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بينا ولا
تهمة في هذا البيع ولأنه مفيد فإنه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن
المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة
فإن سلمه إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لأن حق المولى في العين من حيث الحبس
ولو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجب المولى على عبده دينا بخلاف ما إذا كان
الثمن عرضا لأنه يتعين وجاز أن يبقى حقه متعلقا بالعين وإن أمسكه
في يده حتى يستوفي الثمن جاز لأن البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان
أخص به من الغرماء وجاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا كان يتعلق بالعين
ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو ينقض البيع كما بينا في جانب العبد
لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء وحده وإذا أعتق المولى المأذون وعليه
ديون فعتقه جائز لأن ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لأنه أتلف ما
تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق

لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا

قال فان باع المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيتخيرون في التضمين وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع يفوت هذه الخيرة فلهذا لهم ان يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم

قال فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح المشتري خصم ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في الشفعة لابي يوسف انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب

قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها

لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر فقال هو مأذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله لانه متمسك بالاصل

فصل

قال واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رح لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه واما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم

كتاب الغصب

قال رضي الله عنه الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان

لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطاء موضوع ومن
غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ
فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى
فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الآية ولان المثل اعدل لما فيه
من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر فان لم يقدر على مثله فعليه
قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف يوم الغصب
وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر
قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد رح ان الواجب المثل في الذمة
وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة
ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك
وانما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف
ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك
وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر
مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان
اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر المخلوط
بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام
قائما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عليه السلام لا يحل لاحد ان ياخذ
متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود
وقد فوتها عليه فيجب اعادتها بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا
ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل
الموجب الاصلي هو القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام قال والواجب
الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى
هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها
لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر
فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه
واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال والغصب
فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد

بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد رح يضمنه وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي
لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين
على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه
فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة
يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول
الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي
وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان
هنالك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقص منه بفعله
وسكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل
ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قال اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله
ولو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار
فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح وان انتقص بالزراعة يغرم
النقصان لانه اتلف البعض فياخذ راس ماله ويتصدق بالفضل قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا يتصدق وسنذكر الوجه من
الجانبين ان شاء الله تعالى واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله
ضمنه وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق
ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو
السبب وعند العجز عن رده يجب القيمة او تتقرر بذلك السبب ولهذا يعتبر
قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه
في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر
اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء
وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل
لا بالعقد على ما عرف قال رض ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه
تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا ومن غصب عبدا
فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رض
وهذا عندهما وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا آجر المستعير المستعار

لابي يوسف رح انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذا الملك لان
المضمون تملك باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث
وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل
على وصف الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد
في يد الغاصب حتى ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث
لاجل المالك ولهذا لو ادى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه
بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين
بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد
غيره لانه محتاج اليه وله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا تصدق بمثله
ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال ومن
غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية
فباعها بثلثة الاف فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما واصله ان الغاصب
او المودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما
خلافا لابي يوسف رح وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند
الملك له الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا
ظاهر فيما يتعين فاما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها
اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها واشار الى غيرها
او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي رح لان الاشارة اذا
كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا
لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق
الجواب في الجامعين والمضاربة قال وان اشترى بالالف جارية تساوي الفين
فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لان الربح انما
يتبين عند اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بفعل الغاصب

واذا تغيرت العين
بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها
الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها
وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله
آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رح لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن

عن ابي يوسف رح غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده
لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي يضمنه وعن ابي يوسف انه يزول ملكه عنه
لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته وللشافعي ان العين باقية
فتبقى على ملكه وتتبعها الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة
فطحنت ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار
كما اذا انعدم الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها واربها
ولنا انه احدث صنعة متقومة صيرت حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه
تبدل الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح
على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور
بل من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها
باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه
غيرها فاحفظه وقوله ولا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس
ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر رح وهكذا عن ابي حنيفة رواه الفقيه ابو
الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه جاز ووجه
الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها اطعموها
الاسارى افاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب
قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما
لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا
ادى البدل يباح له لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا
اذا ابرأه لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك
لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها
او نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل اداء الضمان
لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة
يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم وان غصب
فضة او ذهبا فضربها دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك المالك عنها عند
ابي حنيفة فيأخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه
صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه كسره وفات بعض

المقاصد فالتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك ثم كان العين باق من كل وجه ألا يرى أن الاسم باق ومعناه الأصلي الثمنية وكونه موزونا وأنه باق حتى جرى فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال من أحكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي للمالك أخذها والوجه من الجانبين قدمناه ووجه آخر فيه أن فيما ذهب إليه إضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة فصار كما إذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه أبو جعفر رحمهما الله إنما لا ينقض إذا بنى في حوالي الساجة أما إذا بنى على نفس الساجة ينقض لأنه متعد فيه وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الأصح ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور إذا قطع يديها هذا هو ظاهر الرواية ووجهه أنه إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث يأخذه مع أرش المقطوع لأن الآدمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لأن العين قائم من كل وجه وإنما دخله عيب فيضمنه وإن خرق خرقا كبيرا بحيث يبطل عامة منافعه فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته لأنه استهلاك من هذا الوجه فكأنه أحرقه قال رضي الله عنه ومعناه يترك الثوب عليه وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعييب من وجه من حيث أن العين باق وكذا بعض المنافع قائم ثم إشارة في الكتاب إلى أن الفاحش ما تبطل به عامة المنافع والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه النقصان لأن محمدا رح جعل في الأصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع ومن غصب أرضا فغرس

فيها أو بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولأن ملك صاحب الأرض باق فإن الأرض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما إذا شغل ظرف غيره بطعامه فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له لأن فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لأن حقه فيه إذ لا قرار له فتقوم الأرض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر أو بناء لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما ومن غصب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وإن شاء أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رح في الثوب لصاحبه أن يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة لأن التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لأن التمييز متعذر ولنا ما بينا أن فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل بخلاف الساحة بني فيها لأن النقض له بعد النقض أما الصبغ يتلاشى وبخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح لأنه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ قال أبو عصمة رح في أصل المسألة وإن شاء رب الثوب باعه ويضرب في ثمنه بقيمة أبيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لأن له أن لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويثبت هذا فيما إذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير أن السويق من ذوات الأمثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الأصل يضمن قيمة السويق لأن السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه أسود فهو نقصان عند أبي حنيفة رح وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل إن كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وإن كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ إلى عشرين فعن محمد رح أنه ينظر إلى ثوب يزيد فيه الحمرة فإن كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لأن إحدى الخمستين

جبرت بالصبغ **فصل** ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك
قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا يملكها لان الغصب عدوان
محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل
قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه
غير قابل للنقل لحق المدبر ثم قد ينفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده
يصادف القن قال والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي
الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر
من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة قال فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن
وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين
فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصل به رضاء المالك
حيث ادعى هذا المقدار قال وان كان ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار
ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه
بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين
وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر
الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رح انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث
لم يعط ما يدعيه والخيار لفوات الرضاء قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك
قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه
ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد
والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال وولد المغصوبة
ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان
عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي رح زوائد
الغصب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو اثبات اليد
على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده
يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل
يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها
الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى
لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب بان

بان اتلفه او ذبحها واكلها او باعها وسلمها وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها
اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود
المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا اكثر مشايخنا رحمهم الله ولو اطلق
الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكرره ويجب بالاعانة والاشارة فلان
يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى واحرى قال وما
نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به
جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رح لا ينجبر
النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا
هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف شاة
او قطع قوائم شجرة غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة ولنا ان سبب
الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك
لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت
ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ
ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا
اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي
اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد اليه لانه لا بد من رد اصله للبراءة
فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد
في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة
النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى
بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت ولا ضمان عليه
في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن في الامة ايضا لهما ان الرد قد صح
والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما اذا
حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه
وكمن اشترى جارية وقد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت
في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب
التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذه فلم يصح الرد
وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت

بها بان كانت الجناية خطأ ويرجع على الغاصب بكل القيمة كذا ههنا بخلاف
الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل
الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد
مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع
ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رح يضمنها
فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بينما اذا عطلها او سكنها وقال مالك
ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة
حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب
لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها
دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها
لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد
عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم
ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون
عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل في غصب ما لا يتقوم

قال واذا اتلف المسلم خمر الذمي او خنزيره ضمن قيمتهما وان اتلفهما لمسلم لم يضمن
وقال الشافعي رح لا يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على
ذمي او باعهما الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق
الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان
ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة ونحن
امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فتعذر الالزام واذا بقي
التقوم فقد وجد اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان
احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما الا انه تجب قيمة الخمر وان كان من ذوات
الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة
بين ذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه وهذا بخلاف الربوا
لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا ما ضمنا لهم
ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا
كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال فان غصب من مسلم خمرا فخللها

فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شيء ويأخذ
جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها
بالنقل من الشمس الى الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة
كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل
الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا يثبت المالية به وبهذا الدباغ اتصل بالجلد
مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا ياخذ الخل بغير
شيء وياخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا
غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه
حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن
الجلد عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه
ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال
متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما
انه باق على ملك المالك حتى كان له ان ياخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا
باستهلاكه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم
استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد فاذا فوته
عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما
زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده فيطرح عنه ذلك القدر
ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله ان التقوم
حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان
له ان يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع له في حق
التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك
من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع
للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب
لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة
ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته
قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له
ذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه يحتاج الغاصب

عن ردّه فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيّناه ثم قيل يضمنه
قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكيّ
غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لأنه بمنزلة
غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ
لأن وصف الدباغة هو الذي حصّله فلا يضمنه وجه الأول وعليه الأكثرون
أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا يفرد عنه وإذا صار الأصل مضمونا
عليه فكذا صفته ولو خلّل الخمر بإلقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة صار ملكا
للغاصب ولا شيء عليه وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة
صبغ الجلد ومعناه ههنا أن يعطي مثل وزن الملح من الخل فإن أراد المالك
تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل في دبغ الجلد ولو استهلكهما لا يضمن
عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو خلّلها بإلقاء الخل فيه فعن
محمد أنه صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لأنه استهلاك
له وهو غير متقوم فإن لم يصر خلا إلا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا
فهو بينهما على قدر كيلهما لأنه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على أصله ليس
باستهلاك وعند أبي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لأن نفس
الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لأنه أتلف ملكه في وعند
محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الأول لما بيّنا ويضمن في الوجه الثاني لأنه
أتلف ملك غيره وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على إطلاقه أن للمالك
أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لأن الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر
فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه أقوال المشايخ وقد أثبتناها في كفاية المنتهى
قال ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا أو مزمارا أو دفا أو أراق له سكرا أو منصفا
فهو ضامن وبيع هذه الأشياء جائز وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن
ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو وأما
طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالإتلاف من غير خلاف
وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب إذا اشتد
والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ أدنى طبخة وهو الباذق عن
أبي حنيفة رح روايتان في التضمين والبيع لهما أن هذه الأشياء أعدّت

أعدّت للمعصية فبطل تقوّمها كالخمر ولأنه فعل ما فعل آمرا بالمعروف وهو
بأمر الشرع فلا يضمنه كما إذا فعل بإذن الإمام ولأبي حنيفة أنها أموال
لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع وإن صلحت لما لا يحل فصار كالأمة
المغنية وهذا لأن الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز
البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والأمر بالمعروف باليد
إلى الأمراء لقدرتهم وباللسان إلى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو
كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل
والعبد الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور كذا هذا وفي السكر
والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه وإن كان
لو فعل جاز وهذا بخلاف ما إذا أتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته
صليبا لأنه مقرّ على ذلك قال ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت في يده
ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة أم الولد عند أبي حنيفة وقالا يضمن
قيمتهما لأن مالية المدبرة متقومة بالاتفاق ومالية أم الولد غير متقومة
عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت
بها لما فيها من ضم المشتراة إلى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط
في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار أفاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة
لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب أما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة
لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار أحق بالدار والأرض ينتظر له
وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه السلام الجار أحق بسقبه
قيل يا رسول الله وما سقبه قال شفعته ويروى الجار أحق بشفعته وقال الشافعي
لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق فلا شفعة ولأن حق الشفعة معدول به عن سنن القياس
لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم
وهذا ليس في معناه لأن مؤنة القسمة تلزمه في الأصل دون الفرع ولنا
ما روينا ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة
عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع وهذا لأن الاتصال على

بهذه الصفقة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف انه مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رح لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وعن ابي يوسف الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام فان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي فان كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملازق

قال والشريك في الخشبة يكون على حائط الدار جار لما بينا قال واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي على مقادير الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك الا يرى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا يرى انه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضى للحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية ولو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى يأخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة ويظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او تسليم المخاصم لا يورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ رحمهم الله وهو رواية عن محمد وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي رح لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي رح ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما اذا قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا كان او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرناه ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق

متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف رح انه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد ان تركها شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد رح انه لو لم تسقط بتاخير الخصومة ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكره من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا تبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال رضي الله عنه يسأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدوده لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قال الخصاف وقد ذكرنا في الفقه وتحديد هذه الدعوى التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما تعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو يحلف

على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت
ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار وبعد ذلك يسأله القاضي يعني
المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة لان
الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة ق فان عجز عنها استحلف المشتري
بالله ما ابتاع او بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا
على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا
الاختلاف بتوفيق الله تعالى وانما يحلف على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه
وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات ق وتجوز المنازعة في الشفعة
وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه
احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع
الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لان الشفيع عساه يكون مفلسا
فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه ظاهر الرواية
انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره
واذا قضى له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند
محمد رح ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء
الثمن بعد ما قال ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة
عند القاضي ق وان احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في
الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر
المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة
عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما
بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا
اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي
ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه
ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري
بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة
بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كانه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة
على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث يكون العهدة عليه لانه

لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ
وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى ق ومن اشترى دارا
لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق
العقد فيتوجه عليه ق الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون
الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه
كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام
الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذلك اذا كان البائع وكيلا
لغائب فللشفيع ان يأخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان
البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا ق واذا قضي للشفيع بالدار ولم
يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري
شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا يرى انه مبادلة
المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري
ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاطه **فصل في الاختلاف** ق وان
اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي
استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه
ولا يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري
لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الاخذ والترك ولا نص ههنا فلا يتحالفان
ق ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح
البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري
من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل كأن الموجود بيعان وللشفيع ان يأخذ بايهما
شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ
الاول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبائع
والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد واما المشتري من
العدو فقلنا ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد
التسليم قبول الانتقال الثاني ههنا لا يمكن الا بفسخ الاول واما ههنا فبخلافه ولان بينة
الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للالزام ق واذا ادعى المشتري
ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع وكان

ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فياخذ الشفيع بقوله ولو ادعى البائع الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فياخذها الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان قبض الثمن اخذها بما قال المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها الشفيع بالالف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لان بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار

فصل فيما يؤخذ به الشفيع

واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعدما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع وان زاد المشتري البائع لم تلزم الزيادة الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هنا ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانه من ذوات الامثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه بدله

بدله وهو من ذوات القيم فياخذه بقيمته واذا باع بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع او المبتاع وليس الرضاء به في حق المشتري رضى به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هنا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لقول ابي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذ في الاول بالمثل وفي الثاني بالقيمة وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتأكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه ياخذها بقيمة الرطب كذا هنا

فصل واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن

وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف رح
انه لا يكلف القلع ويخير بين ان يأخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين
ان يترك وبه قال الشافعي الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي
يوسف رح انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع
من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا
زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع
اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق
به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا
بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا
ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد
عند ابي حنيفة رح لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد
فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب
القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان
له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير الضرر وان اخذه بالقيمة
يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او
غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع
بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها
منه وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزل منزلة البائع والمشتري
والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه
ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه ق واذا
انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان بغير فعل احد
فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس تابع
حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا
ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف
الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الفائت بعض الاصل ق وان شاء
ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله ق وان نقض المشتري البناء قيل
للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا

مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة
سماوية وليس للشفيع ان يأخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا ق
ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر
في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذه
لانه ليس بتبع الا ترى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه
الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا
فيه فيأخذه الشفيع ق وكذلك ان ابتاعها وليس في النخيل ثمر فاثمر في يد
المشتري يعني يأخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف
في ولد المبيعة ق فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا يأخذ الثمر في الفصلين
جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا يأخذه
ق في الكتاب فان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رض وهذا
جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في
الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند
العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

ق الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم
وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا لمؤنة
القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عم الشفعة في كل شيء عقار او ربع
الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع
ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام
والرحى والبئر والطريق ق ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عم لا شفعة
الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة
انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب
دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل
اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان نقليا
وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل
اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار ق والمسلم
والذمي في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكم

فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي في الذكر والانثى والصغير و
الكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان مأذونا له او مكاتبا قال
واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط
الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال
ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستأجر بها
دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة
عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه الاعواض ليست باموال
فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع وعند الشافعي رح تجب
فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها
ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها رأسا و
قوله يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة
عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد
الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم
لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما
وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض
في العقد في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى
لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في
جميع الدار عند ابي حنيفة رح وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية
في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح فلا يفسد
بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت
في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح
لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال او يصالح عليها
بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر
في نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه
اذا صالح عنها بانكار بقيت الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه
وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا
لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف

معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما
اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك
لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة
في هبة لما ذكرنا الا ان يكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من
القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد
قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان
كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع قال ومن باع
بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع فان اسقط
الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند
سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك
وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع
بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا اخذها في الثلاث وجب
البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو للمشتري
دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ
بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان المشتري
وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده واذا اخذها كان اجازة منه
للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها
بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا
حضر شفيع الدار الاولى له ان يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى
حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما
قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ
ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز
بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا
وفي الفاسد ممنوع عنه قال فان سقط الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع
وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان
سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم
بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه

في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فتبقى المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق الثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لانه قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تفتح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضاء فيما يتعلق لزومه بالرضاء وهذا المعنى موجود في القسمة

باب ما تبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف

او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي الاخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال السبب قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له فلا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذلك اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف

ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لأن الواجب فيه القيمة وهي
دراهم أو دنانير وإن بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له وكذا
إذا كانت أكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا أن الجنس متحد
في حق الثمنية ق وإذا قيل له إن المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره
فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم أن المشتري هو مع غيره فله أن يأخذ
نصيب غيره لأن التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم
ظهر شراء الجميع فله الشفعة لأن التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي
عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لأن التسليم في الكل تسليم في أبعاضه

فصل

وإذا باع دارا إلا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له
لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه لما بينا
ق وإن ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم
الأول دون الثاني لأن الشفيع جار فيهما إلا أن المشتري في الثاني شريك
فيتقدم عليه فإن أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن إلا درهما مثلا والباقي
بالباقي ق وإن ابتاعها بثمن ثم دفع إليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن
دون الثوب لأنه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه
الحيلة تعم الجوار والشركة فيباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر
قيمته إلا أنه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام
البيع الثاني فيتضرر به والأوجه أن يباع بالدراهم الثمن دينار حتى إذا
استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير ق ولا تكره الحيلة
في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رح وتكره عند محمد رح لأن الشفعة إنما وجبت
لدفع الضرر ولو أبحنا الحيلة ما دفعناه ولأبي يوسف رح أنه منع عن إثبات
الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكوة

مسائل متفرقة

قال وإذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع أن يأخذ نصيب
أحدهم وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها والفرق أن في الوجه
الثاني بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة
الضرر وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة
ولا فرق في هذا بين ما إذا كان قبل القبض أو بعده هو الصحيح إلا أن قبل
القبض لا يمكنه أخذ نصيب أحدهم إذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته
كيلا يؤدي إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة أحد المشتريين بخلاف ما بعد
القبض لأنه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا أو كان الثمن جملة
لأن العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية
المنتهي ق ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع أخذ الشفيع
النصف الذي صار للمشتري أو يدع لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من
تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض
وإن كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه
بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري
الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لأن العقد ما وقع مع الذي قاسم
فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك
فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم إطلاق الجواب في الكتاب يدل على
أن الشفيع يأخذ النصف الذي صار للمشتري في أي جانب كان وهو المروي
عن أبي يوسف رح لأن المشتري لا يملك إبطال حقه بالقسمة وعن أبي حنيفة أنه إنما
يأخذه إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لأنه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب
الآخر ق ومن باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا إذا كان العبد
هو البائع فلمولاه الشفعة لأن الأخذ بالشفعة يملك بالثمن فينزل منزلة
الشراء وهذا لأنه مفيد لأنه يتصرف للغرماء بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين
لأنه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له ق وتسليم الأب والوصي الشفعة على
الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد وزفر رح هو على شفعته
إذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة
وهو الصحيح لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملكان إبطاله كديته وقوده
ولأنه شرع لدفع الضرر فكان إبطاله إضرارا به ولهما أنه في معنى التجارة
فيملكان تركه ألا ترى أن من أوجب بيعا للصبي صح رده من الأب والوصي
ولأنه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه
والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كإبطالهما لكونه دليل الإعراض وهذا إذا
بيعت بمثل قيمتها فإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل

جاز التسليم بالاجماع لانه يحتمل نظراً وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك
الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة
فعن ابي حنيفة رح انه لا يصح التسليم منهما فلا رواية عن ابي يوسف رحمه الله

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام
باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى
عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه
فهو ياخذه عوضاً عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة والافراز
هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان
ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه
مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت
حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه
لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد
اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب
المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم
بطلب القسمة يسأل القاضي ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير من
الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان كانت اجناساً مختلفة لا يجبر
القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو
تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسماً يرزقه
من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء
من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب
القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرماً بالغنم قال فان لم يفعل نصب
قاسماً يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص
ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق
بالناس وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة لانه من
جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو
بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستأجروه
لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا

ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي
لانه لا ولاية لهم عليه قال ولا يترك القسام يشتركون كيلا يصير الاجر غالياً
بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل واحد منهم اليه خيفة الفوت فيرخص
الاجر قال واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رح وقالا على قدر
الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر
البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة ان الاجر مقابل بالتمييز
وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر
فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر
مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل
هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو
يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع
لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار
او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رح
حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم
ويذكر في القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار
وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعاً ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه
قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم
فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر
ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم
ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة قضاء على الميت اذ التركة
مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى
ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء على الميت فالاقرار ليس
بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصماً عن
المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه تقبل
البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظراً للحاجة الى الحفظ
اما العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك
العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم

فلم تكن القسمة قضاء على الغير (ق) وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل
قسمه بينهم لأنه ليس في القسمة قضاء على الغير فإنهم ما أقروا بالملك لغيرهم
(ق) رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير أرض ادعاها
رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما فأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة
أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما ثم قيل هو قول أبي حنيفة خاصة وقيل
قول الكل وهو الأصح لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليه وقسمة
الملك تفتقر إلى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز (ق) وإذا حضر وارثان وأقاما
البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها
القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان
مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لأن فيه نظرا للغائب
والصغير ولا بد من إقامة البينة في هذه الصورة عنده أيضا خلافا لهما
كما ذكرناه من قبل (ق) ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم والفرق أن
ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث
ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده
والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين أما الملك الثابت
بالشراء فملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر
خصما عن الغائب فوضح الفرق (ق) وإن كان العقار في يد الوارث الغائب
أو شيء منه لم يقسم وكذا إذا كان في يد مودعه وكذا إذا كان في يد الصغير
لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم
حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير
خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها هو الصحيح
كما أطلق في الكتاب (ق) وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة
لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا
مقاسما ومقاسما بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين على ما بينا ولو كان
الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم إذا أقيمت
البينة وكذا إذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة
وأقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت و

والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ
لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

وإذا كان كل واحد من
الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها
عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل وإن كان ينتفع أحدهم والآخر يستضر
لقلة نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم
لأن الأول ينتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر
الخصاف على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الإضرار بغيره والآخر يرضى
بضرر نفسه وذكر الحاكم في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه
اندرج فيما ذكرناه والأصح المذكور في الكتاب وهو الأول وإن كان كل
واحد يستضر لصغره لم يقسمها إلا بتراضيهما لأن الجبر على القسمة
لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لأن الحق لهما وهما أعرف
بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر (ق) ويقسم العروض إذا كانت من صنف
واحد لأن عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة و
التكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لأنه لا اختلاط بين الجنسين
فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي
ويقسم القاضي كل موزون ومكيل كثير أو قليل والمعدود المتقارب وتبر
الذهب والفضة وتبر الحديد والنحاس والإبل بانفرادها أو البقر أو الغنم
ولا يقسم شاة وبعيرا أو برذونا وحمارا ولا يقسم الأواني لأنها باختلاف الصنعة
التحقت بالأجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم
ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع ولا ثوبين
إذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة أثواب إذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب
وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب لأنه قسمة البعض دون البعض وذلك
جائز وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق
لاتحاد الجنس كما في الإبل والغنم ورقيق المغنم وله أن التفاوت في الآدمي
فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات
لأن التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم
جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لأن حق الغانمين في المالية

حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين وبالمالية فافترقا
فاما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم
الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب
على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا يرى انه لو تزوج
على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد
فاولى ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يتراضى
الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين
اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي
قال واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول
ابي حنيفة رح وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى
هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة
نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى
فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف
ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا
فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو
تزوج على دار لا يصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار
الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت
قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين
اذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن
محمد رح انه يقسم احدهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال يقسم قسمة واحدة
لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة
كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل واحد
قال وان كانت دارا وضيعة او دارا وحانوتا قسم كل واحد منهما على حدته
لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر
الخصاف رح وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز
وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان او تبنى حرمة الربوا
هناك على شبهة المجانسة

فصل في كيفية القسمة

وينبغي للقاسم ان
يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى
يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته
اليه في الاخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب
بعضهم بنصيب البعض تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام
ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة
فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل
ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان
كان سدسا جعلها اسداسا ليمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية
المنتهي بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه
وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله
ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين
لكل واحد منهم نصيبا من غير اقتراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام
قال ولا يدخل في القسمة الدراهم الا بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم و
القسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما
يصل الى عين العقار ودراهم الاخر في ذمته ولعلها لا تسلم له واذا كان
ارض وبناء فعن ابي يوسف رح انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن
اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رح انه يقسم الارض بالمساحة
لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه
اجود دراهم على الاخر حتى يساويه فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة
كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد
انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن
تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم
لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية
الاصل قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الاخر او طريق لم يشترط
في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل
في نصيب الاخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت
القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث

لا يدخل في هذه الصورة لأن المقصود منه تملك العين وإنه يجامع تعذر الانتفاع في الحال أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك إلا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول كذلك الجواب لأن معنى القسمة الإفراز والتمييز وتمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من غير ضرر فيصار إليه بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لأن القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الإفراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لأن كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل إلا بإدخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الإفراز بالكلية دونه وإن كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لأن الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لأن القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا أن الطريق بينهم أثلاثا جاز وإن كان أصل الدار نصفين لأن القسمة على التفاضل جائز بالتراضي ﴿وإذا كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه وهذا عند محمد وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يقسم بالذرع لمحمد رح أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سردابا أو إصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة وهما يقولان إن القسمة بالذرع هي الأصل لأن الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار إليه ما أمكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف ذراع بذراع قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على

بالقيمة

على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول أبي حنيفة أن منفعة السفل تربى على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير إذ لا يمكنه البناء على علوه إلا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولأبي يوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رح وقوله لا يفتقر إلى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لأن العلو مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لأن علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لأنه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول أبي يوسف رح أن يجعل بإزاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد أو مائة ذراع من العلو المجرد لأن العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو ﴿وإذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رح لا تقبل وهو قول أبي يوسف أولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد رح أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما لأن فعلهما التمييز ولا حاجة إلى الشهادة عليه أو لأنه لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم وإنما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رح إذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة

بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استوجرا عليه
فكانت شهادة صورة دعوى معنى فلا يقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه
الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو
التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم
واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي
امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل
في الزام الآخر اذا كان منكرا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

واذا ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه
وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي
فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم له بينة استحلف
الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر
انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه
ينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان قال
قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول الخصم مع يمينه لانه يدعي
عليه الغصب وهو منكر فان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد
على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف
في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على
ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه
دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت
القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما
دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه
بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة
المدعي لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد
على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضى
لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة قضي
له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع

فصل

واذا استحق بعض نصيب
احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب

صاحبه وقال ابو يوسف تفسخ القسمة قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في
استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق
بعض شائع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع
ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلثة اوجه ولم يذكر قول محمد
وذكره ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة وهو الاصح لابي يوسف
ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة
كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم
معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف
المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما
ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم
مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما
على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار
كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر
الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا
وصورة المسئلة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين
من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض
القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر
لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف
النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم
استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره
ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة
نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد
الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب
صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة لانه
يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة
الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة
في ايفاء حقهم ولو ابراه الغرماء بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين

محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا

فصل في المهاياة

قال المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم ولا فائدة في النقض ثم الاستيناف ولو تهايا في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط التأقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشرط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في مكان يحتملهما يأمرهما القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايئا في عبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم القاضي وكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايئا فيهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط

الكسوة لانه لا تسامح فيها ولو تهايئا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه عندهما ظاهرا لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة انه لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض احدهما ببعض الآخر جائز ووجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة ولو في الدابتين لا يجوز المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فيفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا يضره زيادة الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضلت غلة احدهما لا يشتركان فيها بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان

ولا يجوز في الدابتين عنده خلافاً لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو
كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايئا على ان يأخذ كل واحد منهما طائفة
يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة
انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد القسمة عليها عند
حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته
او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع
جائز

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رح المزارعة بالثلث والربع باطلة
اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع
ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من زرع او ثمر ولانه
عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة
فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة
الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة
بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما
روي انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه استيجار ببعض
ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول او معدوم
وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق
المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج
شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل
صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج في
الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى
على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل
كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها
كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل بدونه والثاني ان يكون
رب الارض والمزارع من اهل العقد وهذا لا يختص به لان عقدا ما لا يصح
الا من الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل
والمدة هي المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة
واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض او منافع العامل
والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط وما
لم يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين
العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع
الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة
كان مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما
وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والعمل والبقر
لواحد جازت المزارعة لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا
ليخيط بابرة الخياط وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر
لواحد جازت المزارعة لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج
فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض والبقر والبذر
لواحد والعمل من آخر جازت لانه استاجره للعمل بآلة المستاجر فصار كما اذا استاجر
خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت الارض والبقر
لواحد والبذر والعمل لواحد فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف رح انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا
اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر ليست
من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء و
منفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر
ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة
لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر
لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر
والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز
ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب
البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب
الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له لاتصاله بارضه قال ولا تصح
المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج بينهما شائعا تحقيقا
لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لان به تنقطع

الشركة لأن الأرض عساها لا تخرج إلا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما في المضاربة وكذا إذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم تخرج إلا قدر البذر وصار كما إذا شرطا رفع الخراج والأرض خراجية وأن يكون الباقي بينهما لأنه معين بخلاف ما إذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما لأنه معين مشاع فلا يؤدي إلى قطع الشركة كما إذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والأرض عشرية قال وكذا إذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لأحدهما لأنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة لأنه لعله لا يخرج إلا من ذلك الموضع وعلى هذا إذا شرط لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية أخرى وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب لأنه عسى يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن وكذا إذا شرطا التبن نصفين والحب لأحدهما بعينه لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لأنه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولأنه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت لأنه حكم العقد وإن شرطا التبن للآخر فسدت لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة بأن لا يخرج إلا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل لأنه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما إذا فسدت لأن أجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لأنه نماء ملكه واستحقاق الآخر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال ولو كان البذر من قبل رب الأرض فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لأنه رضي بسقوط الزيادة

الزيادة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح له أجر مثله بالغا ما بلغ لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها وقد مر في الإجارات وإن كان من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الأرض والبقر هو الصحيح لأن له مدخلا في الإجارة وهي إجارة معنى وإذا استحق رب الأرض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لأن النماء حصل في أرض مملوكة له وإن استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الأرض وتصدق بالفضل لأن النماء يحصل من البذر ويخرج من الأرض وفساد الملك في منافع الأرض أوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلزمه فصار كما إذا استأجر أجيرا ليهدم داره وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل لأنه لا يلزمه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الإجارة إلا إذا كان عذر تفسخ به الإجارة فتفسخ به المزارعة قال ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غره في ذلك قال وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالإجارة وقد مر الوجه في الإجارات فلو كان دفعها ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يستحصد حتى مات رب الأرض ترك الأرض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وينتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لأن في إبقاء العقد في السنة الأولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لأنه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعدما كرب الأرض وحفر الأنهار انتقضت المزارعة لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل لما نبينه إن شاء الله تعالى وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الأرض فاحتاج إلى بيعها جاز كما في الإجارة وليس للعامل

ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم
بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع
ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال
حق المزارع والتأخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان
حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم
قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل
نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار
حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر
من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء
المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع
بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد
يستدعي العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك
العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن
صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض
ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع ولو اراد
المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما
او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته
لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود
المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات
لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت
ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه
لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان
ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلثة على
ما بيناه قال وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص
فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما ذكرنا من
الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات
ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال

مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك
ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الطحن او الحمل على العامل
وعن ابي يوسف رح انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع
وهو اختيار مشايخ بلخ رح قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا
فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما
كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد
والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة
على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمرة من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل
وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل
لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك
ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم
العرف فيه ولو ارادا فصل القصيل او جذ التمر بسرا او التقاط الرطب
فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد
الادراك **كتاب المساقاة** قال ابو حنيفة رح المساقاة بجزء من الثمرة باطلة
وقالا جائزة اذا ذكرا مدة معلومة وسميا جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة
هي المعاملة والكلام في المعاملة كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رح المعاملة
جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة
والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو
شرطا الشركة في الربح دون البذر بان شرط رفعه من راس الخارج يفسد فجعلنا
المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول
في وقف العقار وشرط المدة قياس فيه لانه اجارة معنى كما في المزارعة وفي
الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمرة لادراكها
وقت معلوم وقلما تتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في
اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط
بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا
والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم
يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي

وضعفها لتفاوتها فاحشاً بخلاف ما اذا دفع نخيلاً او اصول رطبة على ان يقوم عليها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعاً لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة فان سميا في المعاملة وقتاً يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتاخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلاً لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحاً ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي في الجديد لا يجوز الا في النخل والكرم لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في الاشجار والرطاب ايضاً ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر لما قدمناه قال فان دفع نخلاً فيه ثمرة مساقاة والثمرة تزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقاً بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحساناً فيبقى العقد دفعاً للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير

ورثة الآخر بين ان يقتسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسراً كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة التي بيناها وان ماتا جميعاً فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة في الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا قال واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء فللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا عليه اجر مثل الارض لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقاً يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضرر لم يلتزمه فتفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذراً ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذراً فيه روايتان وتأويل احديهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذراً من جهته ومن دفع ارضاً بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجراً على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلاً قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا اصحهما

كتاب الذبائح

قال الذكوة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولانه بها يتميز الدم النجس

من اللحم الطاهر كما يثبت به الحل تثبت به الطهارة في المأكول وغيره فانها
تنبئ عنهما ومنه قوله صلى الله عليه وسلم ذكوة الارض يبسها وهي اختيارية
كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهو الجرح في اي موضع
كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز
عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني
اقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه
ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى
كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى
وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب
حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا
او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة
فلا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد
بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي
الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر
ولا تحل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم
ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى
والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول
الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله
والوثني لانه لا يعتقد الملة والمحرم يعني من الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح
في الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم
يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكوة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم
فلم تكن ذكوة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد
لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا ذبحه لا يحرم على المحرم وان
ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال
الشافعي رح اكل في الوجهين وقال مالك لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي
في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي
والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف

لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم
في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رض انه يحرم ومن مذهب علي
وابن عباس رض انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف
والمشايخ رح ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي
بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام يذبح على اسم الله
سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقط بعذر النسيان
كالطهارة في باب الصلوة ولو كان شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في
الناسي ولنا قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي وهو للتحريم والاجماع
وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رض فانه عليه السلام
قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة
بترك التسمية ومالك يحتج بما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار
ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع
غير مجري على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع
الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل
عليها في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية
في ذكوة الاختيار يشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد يشترط
عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني
الرمي والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع
شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب
غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح
بالاخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل ويكره ان يذكر مع
اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه
ثلث مسائل احدها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو
المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد
فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة
المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله
واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال

فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الشاة او بعده وهذا لا بأس به لما روي عن النبي عليه السلام انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رض جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا تحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رض في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف ق والذبح ما بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكوة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء ق والعروق التي تقطع في الذكوة اربعة الحلقوم والمرئ والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج وانهر الدم بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلث فيتناول المرئ والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمرئ الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رح ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري رح الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رح ان هذا قول ابي يوسف رح وحده وقال في الجامع الصغير ان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية فيه والحاصل ان عند ابي حنيفة رح اذا قطع الثلث اي ثلث كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف رح اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد رح انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها ولابي يوسف ان المقصود

من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم فيخالف المرئ فانه مجرى العلف والماء والمرئ مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة رح ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة ق ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا حتى لا يكون بأكله بأس الا انه يكره هذا الذبح وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكوة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد امرنا فيه بالاحسان ق ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن القائم والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس وفي الحرمة يقول يكره او لم يؤكل ق ويستحب ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن رسول الله عليه السلام انه رأى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها ق ومن بلغ بالسكين النخاع او قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما روي عن النبي عليه السلام

انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان تسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل ان ما فيه زيادة الم لا يحتاج اليه في الذكوة مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا الم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زايد وهو زيادة الالم قبل الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال يوكل ذبيحته فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكوة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج وان ماتت قبل قطع العروق لم يوكل لوجود الموت بما ليس بذكوة فيها وما استانس من الصيد فذكوته الذبح وما توحش من النعم فذكوته العقر والجرح لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكوة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكوة الاختيار لما بينا وقال مالك لا تحل بذكوة الاضطرار في الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب اطلق فيما توحش من النعم وعن محمد رح ان الشاة اذا ندت في الصحراء فذكوتها العقر وان ندت في المصر لا يحل بالعقر لانها لا تدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا يقدر على اخذهما وان ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالندود اذا كان لا يقدر على اخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكوة حل اكله ق والمستحب في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره والاستحباب لموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيهما في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك رح انه لا يحل ق ومن نحر ناقة او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يوكل

اشعر او لم يشعر وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والحسن بن زياد وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام ذكوة الجنين ذكوة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه يتصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكوة له عند العجز عن ذكوته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى يتصور حيوته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكوة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود من الذكوة وهو التمييز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا لجوازه كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطير لان النبي عم نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطير وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطير والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي رح في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف ق ولا باس بغراب الزرع لانه ياكل الحب وليس من سباع الطير ولا يوكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف وقال ابو حنيفة رح لا باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاج وعن ابي يوسف انه يكره لان غالب اكله الجيف ق ويكره اكل الضب والضبع والزنبور والسلحفاة والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عم نهى عائشة رضي الله عنها عنه حين سالته عن اكله وهو حجة على الشافعي رح في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم شيء بقتله وانما

تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها ق ولا يجوز اكل الحمر
الاهلية والبغال لما روى خالد بن وليد رض ان النبي عليه السلام نهى عن
لحوم الخيل والبغال والحمر وعن علي رض ان النبي عم اهدر المتعة وحرم
لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر ب ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة وهو قول
مالك رح وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رح لا بأس باكله لحديث جابر رض
انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل
يوم خيبر ولابي حنيفة قوله تع والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة
خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان
باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له
ولهذا يضرب له سهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث
جابر رض معارض بحديث خالد بن وليد والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده
كراهية تحريم وقيل كراهية تنزيه والاول اصح فاما لبنه فقد قيل لا بأس به
لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد ق ولا بأس باكل الارنب لان النبي عم
اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا
من اكلة الجيف فاشبه الظبي ق واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده الا
الآدمي والخنزير فان الذكوة لا تعمل فيهما اما الآدمي فلحرمته وكرامته و
الخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رح الذكوة لا تؤثر في جميع ذلك
لانه لا تؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون
الاصل فصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكوة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء
السيالة وهي النجسة دون ذوات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ
وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع
فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده
خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل
يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به
في غير الاكل ق ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك وقال الشافعي رح جماعة باطلاق
جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والسباع والكلب والانسان
انه اطلق في ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تع احل لكم صيد البحر

من غير فصل وقوله عم في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته لانه لا دم في هذه
الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى
ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن
دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلاه محمول
على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى على السمك وهو
حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان
فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال ب ويكره اكل الطافي منه وقال
مالك والشافعي رح لا بأس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل
بالحديث ولنا ما روى جابر رض عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب عنه الماء
فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفى فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة رض مثل
مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من
غير آفة ب ولا بأس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد بلا ذكوة
وقال مالك رح لا يحل الجراد الا ان يقطع الآخذ رأسه او يشويه لانه صيد
البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره
والحجة عليه ما روينا وسئل علي رض عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيها
الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان
مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص
الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ
واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة
بيناها في كفاية المنتهي وعند التأمل تقف عليها المبتدئ منها اذا قطع بعضها
فمات يحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما ابين من الحي وان كان ميتا
فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله اعلم

كتاب الاضحية

ق الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن
ولده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى
الروايتين عن ابي يوسف وعنه انها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي
وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد سنة
مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عم من اراد ان

يضحي منكم فلا يأخذ من شعره واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي
الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجب على المسافر لانهما لا يختلفان
في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة ووجه الوجوب قوله عم من
وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير
الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن
بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي
الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على
المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد
بالارادة فيما روي والله اعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة
وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها
وظيفة مالية لا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة
وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب
به صدقة الفطر وقد مر في الصوم والوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة
به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب
عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة
الفطر وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وروي عنه انه لا تجب عن ولده وهو
ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما
موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب ان لا تجب على الغير
بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة الفطر وان كان
للصغير مال يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد وزفر والشافعي يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير والخلاف في
هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم
جميعا لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعده تطوع ولا يجوز ذلك
من مال الصغير ولا يمكنه ان يأكل كله والاصح ان يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه
ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح منهم
بقرة او بدنة عن سبعة والقياس ان لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة
وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رض انه قال نحرنا مع

رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص
في الشاة فبقي على اصل القياس ويجوز عن خمسة او ستة او ثلثة ذكره محمد رح
لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم اولى ولا يجوز عن ثمانية اخذا بالقياس
فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام
وصف القربة في البعض وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وقال مالك يجوز عن اهل
بيت واحد وان كانوا اكثر من السبعة ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا
اقل منها لقوله عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد
منه والله اعلم قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في
كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح
لانه لما جاز ثلثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز على الشركة فقسمة
اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شيء
من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع قال ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن
نفسه ثم اشرك فيها ستة معه اجزأه استحسانا وفي القياس لا يجزيه وهو قول زفر
لانه اعدها للقربة فيمتنع من بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان
انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم
بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء
للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف
وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا
قال وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر رض كانا لا يضحيان
اذا كانا مسافرين وعن علي رض ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال ووقت الاضحية
يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام
العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عم من ذبح قبل الصلوة
فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين
وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا
الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون اهل السواد ولان التأخير
لاحتمال التشاغل به عن الصلوة فلا معنى للتأخير في حق القروي ولا صلوة
عليه وما رويناه حجة على مالك والشافعي رح في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر

الامام ثم المعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي
في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة
المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع
الفجر وهذا لانها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي
ايام النحر كالزكوة تسقط بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا
مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال
بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل
الجبانة اجزأه استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزأتهم
وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا وهي جائزة في ثلثة ايام
يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي ثلثة ايام بعده لقوله عم ايام التشريق
كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رض انهم قالوا ايام النحر
ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدي الى المقادير
وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاقل وافضلها اولها كما قالوا
ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في
لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وايام النحر ثلثة وايام التشريق
ثلثة والكل يمضي باربعة اولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان
نحر وتشريق والتضحية فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع
واجبة او سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليها ولانها تفوت بفوات
وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة
في حق الآفاقي ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان
فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر
لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فاذا
فات الوقت وجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد
فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية ولا يضحي بالعمياء والعوراء والعرجاء
التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء لقوله عم لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء
البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء
التي لا تنقي ولا تجزي مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عليه

السلام استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه
عضو كامل مقصود فصار كالاذن ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها وان
بقي اكثر الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب
اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله
في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين
او الالية الثلث او اقل اجزأه وان كان اكثر لم يجز لان الثلث تنفذ فيه الوصية
من غير رضاء الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر
كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث
لقوله عم في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد رحهما الله
اذا بقي الاكثر من النصف اجزأه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة
وهو اختيار الفقيه ابي الليث قال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة فقال
قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من
قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي
يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين
المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا
قليلا فاذا رأته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب
اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت
ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف ويجوز
ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة
القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي عليه السلام ضحى بكبشين
املحين موجوئين والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه
لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزئه والجرباء ان كانت سمينة جاز
لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في
اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف انه يعتبر في
الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكن الاعتلاف به اجزأه لحصول
المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع
اكثر الاذن لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب

قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا
عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء
لا بالشراء فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه
ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة
للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت
واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى
الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها اجزاه
استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي رح لان حالة الذبح ومقدماته ملحق
بالذبح فكانه حصل به اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت
ثم اخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح لانه حصل
بمقدمات الذبح قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم
ينقل التضحية بغيرها من النبي عم ولا من الصحابة رضم قال ويجزي من ذلك كله
الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزي لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا
الا ان تعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية
الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلطت بالثنيان
تشتبه على الناظرين من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر في
مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز
ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس
لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في
التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى سبعة بقرة
ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم
وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه
ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان
اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو
القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت
قربة الا يرى ان النبي عم ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في
الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا

لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع الكل ايضا
فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية
عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت
لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام
الولاء على الميت ولو ذبحها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه
قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه
لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال ويأكل من
لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل
لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله
غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار
لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا
قال ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع
والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا باس بان يشتري به
ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم
المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا
بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح
فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه
لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية
له يفيد كراهية البيع اما البيع فجائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي
اجر الجزار من الاضحية لقوله عم لعلي رض تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط
اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز
صوف اضحيته فينتفع بها قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها
بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها
فينتفع بها كما في الصوف قال والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن
الذبح وان كان لا يحسن الذبح فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره
ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عم لفاطمة رض قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر
لك باول قطرة يقطر منها كل ذنب قال ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة

وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الزكوة والقربة اقيمت
بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الزكوة فكان افسادا
واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزا عنهما
ولا ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره
بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه عن الاضحية في
القياس وهو قول زفر رح وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو
قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح
شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها
للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل
بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح آذنا له دلالة
لانها تفوت بمضي الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما
اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها
بنفسه او يشهد الذابح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته
مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رح من هذا الجنس
مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته
فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا
ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل
الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة وامالها الى نفسه او حمل
على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه فطبخه او ساق الدابة
فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل على دابته ما
سقط فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الصورة كلها استحسانا لوجود
الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول في مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما
اضحية غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتاتى فيها القياس
والاستحسان كما ذكرنا فياخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه
لانه وكيله فيما فعل دلالة فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه
ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في
الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق

بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا
لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره
كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته
لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه
بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله اعلم

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رح نصا ان كل مكروه حرام
الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف
رح انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها

فصل في الاكل

قال ابو حنيفة رح يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد رح لا باس بابوال
الابل وتاويل قول ابي يوسف انه لا باس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة
فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه
ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال
والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في
بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة رض بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا
عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه
لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين وقال
في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي
وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا
ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا ولا باس باستعمال آنية
الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي رح يكره لانه في معنى الذهب
والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير
الذهب والفضة ويجوز الشرب في الاناء المفضض عند ابي حنيفة والركوب
على السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والسرير المفضض
اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد
في الاخذ وفي السرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف رح يكره ذلك وقول
محمد يروى مع ابي حنيفة رح ويروى مع ابي يوسف رح وعلى هذا الخلاف الاناء
المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف

والشيخ وحلقة المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف
في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او
فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به
بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا
استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع
فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص فصل
ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي
او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر
صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله
لكثرة وقوع المعاملات فان كان غير ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا
كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في
الحرمة ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان
الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على
الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى
الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية
وسعه ان ياخذها لانه لا فرق بينما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها
لما قلنا ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا العدل ووجه
الفرق ان المعاملات يكثر وجودها فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا
زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل فيها قول الواحد عدلا كان او فاسقا كافرا
كان او مسلما عبدا كان او حرا ذكرا كان او انثى دفعا للحرج اما الديانات
فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط
فلا يقبل الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان
يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا
يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول
المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه
انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما
اكبر الرأي ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند

العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها
التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي
لم يتوضأ به ويتيمم وان كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر رأيه
انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به وان اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة
يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري فمجرد ظن ولو كان
اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب
الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم
يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي ومن
دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء فلا بأس بان يقعد وياكل قال
ابو حنيفة رح ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة
قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت
به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة
فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان
مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح
باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة رح في الكتاب كان قبل ان
يصير مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن
مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد
الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا
هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني
بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة رح ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

فصل في اللبس

ولا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى
عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وانما حل
للنساء بحديث اخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رض ان النبي
عليه السلام خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على
ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلثة
اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير
الا موضع اصبعين او ثلثة او اربعة اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس

جبة مكفوفة بالحرير قال ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة رح وقالا
يكره لانه فعل الاعاجم وقد نهى رسول الله عليه السلام عن ذلك وفي الجامع الصغير
ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من
المشايخ رح وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات
ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رض اياكم وزي
الاعاجم وله ما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط
عبد الله بن عباس رض مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام
فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا
بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي انه عليه السلام رخص في لبس
الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح
واهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة لانه لا فصل فيما روينا
والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك
والمحظور لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا بأس
بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة
كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج
والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف رح اكره
ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز بأسا لان الثوب
ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير
فلا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة
على ما بيناه قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانها في
معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج
والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك
آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم
بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله عليه السلام على رجل خاتم صفر فقال
ما لي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك
حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر
اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال

على الرجال حرام لما روينا وعن علي رض ان النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب
ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى
وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى
يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في
حقهن وانما يتختم القاضي او السلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل
ان يتركه لعدم الحاجة اليه قال ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في
ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له قال ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد
بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رح وقال محمد لا بأس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف
مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا
من فضة فانتن فامره النبي عليه السلام بان يتخذ انفا من ذهب وله
ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى
فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن
قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما ثبت في حق
الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربه حرم سقيه قال ويكره الخرقة
التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء
او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن
تكبر وصار كالتربع في الجلوس قال ولا بأس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه
الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم
لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي ان
النبي عليه السلام امر بعض الصحابة بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو
التذكر عند النسيان

فصل في الوطء والنظر والمس

قال ولا يجوز للرجل ان ينظر الى
الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها
قال علي وابن عباس رض ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه
والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان في ابداء الكف والوجه ضرورة
لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص
على انه لا يباح له النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة رح انه يباح لان فيه بعض الضرورة
وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة

فان كان لا يأمن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام من نظر
الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيمة فاذا
خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على انه
لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رأيه ذلك فلا يحل له ان يمس
وجهها ولا كفيها وان كان يأمن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة و
البلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس
منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا
كانت عجوزة لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة
وقد روى ان ابا بكر رضه كان يدخل بعض القبايل التي كان مسترضعا فيهم وكان
يصافح العجايز وعبد الله بن زبير رضه استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله
وتفلى راسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان كان لا يأمن
عليها لا يحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت
لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة **قال** ويجوز للقاضي اذا
اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان
خاف ان تشتهى للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء
الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة
تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى
فقيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة
الاداء ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا باس بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها
لقوله عليه السلام فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة
لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة
وينبغي ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل **قال** فان لم
يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره
ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان
وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض
وكذا يجوز للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف رح لانه امارة المرض **قال**
وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام

عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته
وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقول ابو عصمة والشافعي
والركبة عورة خلافا لما يقول الشافعي والفخذ عورة خلافا لما يقول اصحاب
الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقول الامام ابو بكر
محمد بن الفضل الكماري معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه
وقد روى ابو هريرة رضه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن
بن علي عن سرته فقبلها ابو هريرة رضه وقال النبي عليه السلام لجرهد وار فخذك
اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع
المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي
الفخذ اخف منه في السوءة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ
يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب ان لج وما يباح النظر للرجل من الرجل يباح
المس لانهما فيما ليس بعورة سواء **قال** ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر
الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة في النظر الى ما ليس بعورة
كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي
بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها
شهوة او اكبر رأيها انها تشتهى او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها
ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى
التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا
اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة
لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد
والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد **قال**
وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل النظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام
الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف
فيما بينهن وعن ابي حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف
نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال
والاول اصح **قال** وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق
في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض

بصرك الا عن امتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المسيس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رض يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله عز وجل ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك مواضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى ذلك الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او بسفاح في الاصح لما بينا قال ولا بأس بان يمس ما جاز النظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب قال ولا بأس بالمسافرة والخلوة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم

يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رض اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظ المملوكة ينتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل انه يباح كما في المحارم وقد قيل لا تباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رح في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال ولا بأس بان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكره في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رح يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه اذا بلغت وهذا موافق لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رح انها اذا كانت تشتهى ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل فاسق يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها نزلت في الاناث دون الذكور

قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لانه عليه السلام
نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان
الوطئ حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب
والعنة ولا حق للامة في الوطئ فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد
به المولى ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر
الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عليه السلام في سبايا اوطاس
الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة
افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث
الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن
براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه
وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون الولد
ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة
الوطئ والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة
امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطئ والتمكن انما يثبت
بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك
الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشرى والهبة و
الوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك وكذا يجب على المشتري
من مال الصبي ومن المراة والمملوك وممن لا يحل له وطئها وكذا اذا كانت المشتراة
بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها
فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها
في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل
القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رح لان
السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل
قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض
في شراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري
فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة

ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة
بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد
السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضى للحل والحرمة لمانع كما في حالة
الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او المؤاجرة
او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين
فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى
واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطئ حرم الدواعي لافضائها اليه
او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف
الحائض حيث لا يحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه
زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطئ والرغبة في المشتراة
قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن
محمد رح انها لا تحرم لانها لا تحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل
لا يصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا والاستبراء في الحامل بوضع
الحمل على ما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض
كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام لقدرتها على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة وان ارتفع حيضها تركها حتى
يتبين انها ليست بحامل ثم يقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل
يتبين بشهرين او ثلثة وعن محمد رح اربعة اشهر وعشر وعنه شهران و
خمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة او الامة في الوفاة وعن زفر رح سنتان
وهو رواية عن ابي حنيفة قال ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي
يوسف خلافا لمحمد رح وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والماخوذ قول ابي
يوسف فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها
والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها
ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض
ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند
وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا
له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا

كانت معتدة الغير **قال** ولا يقرب المظاهر ولا يمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطء الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض **قال** ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين وطئا لا يجوز لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطئهما ولو وطئهما فليس له ان يجامع احديهما ولا ان ياتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطء يحرم به وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق الكل وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله وبرهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح في التحريم ولو وطئ احديهما حل له وطء الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطء الاخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين **قال** ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عليه السلام عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روي انه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على

على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة لا باس بها بالاجماع وهو الصحيح **قال** ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

فصل في البيع

قال ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه ينتفع بها مخلوطا ويجوز بيع المخلوط وهو المروي عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطه النجاسة **قال** ومن علم بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رأيه انه كاذب لا ينبغي له ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيها لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل ولو ان امرأة اخبرها

ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلثا او كان غير ثقة واتاها
بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها انه
حق يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع
وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها
وكذا اذا قالت المطلقة الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل
بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت
جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل
النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة
لم تقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر
انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها واربع
سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبره بفساد مقارن والاقدام على
العقد يدل على صحته وانكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا
كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته
حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على
انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت
جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها
رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع
وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه
يكره لصاحب الدين ان يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به
والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق
المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح
البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار
في اقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذلك
التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا بأس به والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق
والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال
حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة
صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من

غير اضرار بغيره وكذا التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى
عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار
سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص
الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابي حنيفة رح
وقال ابو يوسف رح كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا
او فضة او ثوبا وعن محمد رح انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر
حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود
المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت
يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما
لقوله عليه السلام من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه
وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في
غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص
القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة
والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة قال ومن احتكر غلة ضيعته
او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به
حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذا له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور
قول ابي حنيفة لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى
فنائها وقال ابو يوسف رح يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد كل ما يجلب منه
الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة
به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق
به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عليه السلام لا تسعروا
فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه
تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على
ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته و
قوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه
مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس فان
كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي

عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من اهل الرأي والبصر فاذا فعل ذلك فتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر عند ابي حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعلم انه من اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رح وقالا يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا بأس ببيع ارضها ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عليه السلام الا ان مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا

ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عليه السلام من آجر ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان يأخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ

مسائل متفرقة

قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رض جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال ولا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك رح والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عليه السلام انزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا بأس باخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس وقد صح ان النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبه لما فيه من فتح بابه قال ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح ان النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود وكذا الاولى

لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم و
عن ابي يوسف انه لا بأس به وبه اخذ الفقيه ابو الليث لانه مأثور عن النبي عليه السلام
وروي انه كان من دعائه اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى
الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول
هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول الرجل في دعائه
بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال ويكره
اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر
حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلام
لهو المؤمن باطل الا الثلث تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته
مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر
وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي رح ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج
والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله تع
وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان
قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره ابو يوسف
ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة به بأسا ليشغلهم عما هم
فيه قال ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته
ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس
كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية
سلمان رض حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رض وكانت مكاتبة واجاب رهط
من الصحابة رض دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة
لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة
في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس قال ومن كان في يده لقيط
لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له واصل هذا ان التصرف على
الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح
والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع
ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه
واجارة الظئر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام و

الملتقط اذا كان في حجرهم فاذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به
الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو
نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم
والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا
للصبي فيملكه بالعقل والولاية والحجر فصار بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز للملتقط
ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان
الام تملك اتلاف منافعه باستخدام ولا كذلك الملتقط والعم ولو آجر الصبي
نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان ذلك تمحض
نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور عليه يؤاجر نفسه وقد ذكرناه قال ويكره
ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو الطوق الحديد
الذي يمنعه من ان يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل
النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في
السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله
قال ولا بأس بالحقنة يريد به التداوي وهو مباح بالاجماع وقد ورد باباحته
الحديث فلا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر
ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا بأس برزق القاضي لانه عليه السلام
بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا رض الى اليمن وفرض له
ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا
لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة
وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة
اذ القضاء طاعة بل هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل
الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب
يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا
ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن
يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسمية الرزق
يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج
يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة

والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى زرع
سنة وعجل قبل استكمالها قيل هو على الاختلاف المعروف في نفقة المرأة اذا
ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد ولا بأس
بان يسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع
الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك
فيها وان امتنع بيعها

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به
من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما
يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان الانتفاع به **قال** فما كان منها عاديا لا
مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث
اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات
قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي
عن محمد انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق
بها ليكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا يكون مواتا
واذا لم يعرف مالكه تكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن
الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رح لان
الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار
الحكم عليه ومحمد رح اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان
كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة
السرخسي اعتمد على ما اختاره ابو يوسف رح ثم من احياه باذن الامام ملكه
وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكه لقوله عم من احيا
ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب و
الصيد ولابي حنيفة رح قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه
وما رواه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين
بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في
ساير الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز
الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو
احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك

استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول
ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه
بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيى ارضا ميتة ثم احاط الاحياء
بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد رح ان طريق الاول
في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه **قال** ويملكه الذمي
بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رح
اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في ساير اسباب الملك حتى الاستيلاء
على اصلنا **قال** ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها
الى غيره لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث
العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفع الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير
ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم
كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيره عن احيائها فبقي غير
مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رض ليس لمتحجر
بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان
يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه بثلث سنين لان ما دونها
من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها قلنا الظاهر
انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها
لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد
ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض
واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها
وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر من
بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد رح انه
احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا
وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او سنمها
بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها **قال** ولا يجوز
احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم
لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا على ما بيناه فلا يكون مواتا

لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز أن يقطع الإمام ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه إذا حفر في أرض موات بإذن الإمام عنده أو بإذنه وبغير إذنه عندهما لأن حفر البئر إحياء قال فإن كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الأربعون من كل الجوانب والصحيح أنه من كل جانب لأن في الأراضي رخوة ويتحول الماء إلى ما حفر دونها وإن كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند أبي حنيفة أربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولأنه قد يحتاج فيه إلى أن يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منها بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولأن القياس يأبى استحقاق الحريم لأن عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولأنه قد يستقي من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه أن يدير البعير حول البئر فلا يحتاج فيه إلى زيادة مسافة قال وإن كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولأن الحاجة فيه إلى زيادة مسافة لأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري الماء فيه ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه إلى المزارع فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والأصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرناه في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل إن التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضيهم لصلابتها وفي أراضينا رخاوة فيزداد كيلا يتحول الماء إلى الثاني فيتعطل الأول قال فمن أراد أن يحفر في حريمها بئرا منع منه كيلا يؤدي إلى تفويت حقه والإخلال به وهذا لأنه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف في ملكه فإن احتفر آخر بئرا في حد حريم الأولى للأول أن يصلحه ويكبسه تبرعا ولو أراد أن يأخذ الثاني فيه قيل يأخذه بكبسه لأن إزالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فإنه

يؤخذ برفعها وقيل يضمن النقصان ثم يكبسه بنفسه كما إذا هدم جدار غيره فهذا هو الصحيح ذكره في كتاب أدب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان قال وما عطب في الأولى فلا ضمان فيه لأنه غير متعد إن كان بإذن الإمام فظاهر وكذا إذا كان بغير إذنه عندهما والعذر لأبي حنيفة رح أن يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير إذن الإمام وإن كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيها الضمان لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وإن حفر الثاني بئرا وراء حريم البئر الأولى فذهب ماء البئر الأولى فلا شيء عليه لأنه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول لسبق ملك الحافر الأول فيه قال والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها وعن محمد أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الأرض لأنه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع قال والشجرة تغرس في أرض موات لها حريم أيضا حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجرا في حريمها لأنه يحتاج إلى حريم له يجذ فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة أذرع به ورد الحديث قال وما ترك الفرات أو الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده إليه لم يجز إحياؤه لحاجة العامة إلى كونه نهرا وإن كان لا يجوز أن يعود إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريما لعامر لأنه ليس في ملك أحد لأن قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الإمام قال ومن كان له نهر في أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة رح إلا أن يقيم بينة على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسألة بناء على أن من أحيا نهرا في أرض موات بإذن الإمام لم يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لأن النهر لا ينتفع به إلا بالحريم لحاجته إلى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه عادة في بطن النهر وإلى إلقاء الطين ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله أن القياس يأباه على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالأثر والحاجة إلى الحريم فيه فوقها إليه في النهر لأن الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر الإلحاق ووجه البناء أن باستحقاق الحريم يثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر

والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب
الارض على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتدأة فلهما ان
الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه
ولانه اشبه بالارض صورة ومعنى صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته
للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا
في مصراع باب ليس في يديهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما
يقضى للذي في يده ما هو الاشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف
قضاء ترك لا قضاء استحقاق ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما
وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع
به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل
ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر
لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة
في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رح وقالا هي لصاحب النهر
حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد احدهما معناه
ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف
اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو
كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف
ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء
الطين فقد قيل انه على هذا الخلاف وقيل لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور
فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو
جعفر آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف رح ان
حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد رح مقدار بطن النهر من
كل جانب وهو ارفق بالناس

فصل في مسائل الشرب فصل في المياه

واذا كان لرجل
نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم
والبهائم ثم اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس
فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري نهرا منها الى
ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والا

والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية
العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على
الاطلاق وحق سقي الاراضي بان احيا واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا
ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد فله ذلك لانها
مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس
له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في ان يميل الماء الى هذا الجانب
اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه لان
شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة
ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في الثلث الماء والكلاء والنار وانه
ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر
ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان
لان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل
مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه افضى الى حرج عظيم وان اراد
رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم
او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة فانا لو ابحنا ذلك لانقطعت
منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا له بالاحراز
وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة
نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده
وهو يساوي نصابا لم يقطع يده ولو كان البئر او العين او الحوض او النهر
في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد
ماء آخر بقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب
النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه ان يأخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته
وهذا عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما
اذا احتفر في ارض موات فليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر
لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو
يخاف على نفسه وظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع
حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء

حيث يقاتله بغير سلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة
وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعصا لانه ارتكب معصية
فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان تأتي على الماء كله بان كان
جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثيرة ينقطع الماء بشربها
قيل لا يمنع منه لان الابل لا ترده في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل
في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع لان له اعتبارا لسقي المزارع والمشاجر والحاجة
تفويت حقه ولهم ان يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح
لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع
وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح
لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي
ارضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله
ان يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطع شركة الشرب بواحدة
لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة
تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه في
ذلك او اعاره فلا بأس لانه حقه ويجري فيه الاباحة كالماء المحرز في اناءه

فصل في كري الانهار

الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه
في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة الا انه عام
ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة
به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري
لهم فيكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور
والصدقات لان الثاني للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال
شيء فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها
بانفسهم وفي مثله قال عمر رضه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه
ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على
اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص
ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر
الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الا في

الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي والا فلا
لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث فهو الخاص من كل وجه
فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لان كل
واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما انفقوا
فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا اجبر لحق
الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا
جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هي عليهم جميعا من
اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل
لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه وله ان المقصود من الكري الانتفاع
بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل
عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه
بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز
فوهة نهره وهو مروي عن محمد رح والاول اصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة
من اعلاه واسفله واذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح
الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا
لاختصاصه وليس على اهل الشفة من الكري شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

وتصح دعوى الشرب بغير ارض
استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو
مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد
صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء
مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه
البينة ان هذا النهر له وانه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها
فيقضي له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في
نهر او على سطح او الميزاب والممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره
في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على
قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق
لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد

فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحا ماء الا برضاء اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحا لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحا ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص ياخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بطريق الاولى وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على

على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان تسقى الاخرى وهو نظير طريق مشترك اذا اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا يجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته وكيف يصنع الامام والاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف من الثمن الى ثمن الارض ويصرف الفاضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملأها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزت ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه

كتاب الاشربة

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان مائيتها وهي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعضهم هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار

الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر
ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه
وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وانما سمي خمرا
لتخمره لا لمخامرة العقل ولو كان يسمى خمرا لمخامرة العقل تسمى البنج وغيره
الذي هو مخامر للعقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان
النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير
النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين والثاني اريد به بيان الحكم
اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثالث في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي
ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رح وعندهما اذا اشتد ولا يشترط القذف
بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد
ولابي حنيفة ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ
به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد
واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد
احتياطا والثاني ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه
ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منه حرام لان به يحصل الفساد
وهو الصد عن ذكر الله تعالى وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه سماه رجسا و
الرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عم حرم الخمر
وعليه انعقد اجماع الامة ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر و
لهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول
عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعي رح يعديه اليها وهذا
بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام
لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالادلة
القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي
والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا
يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال النبي
عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط
ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له على

مسلم دين فاوفاه من ثمن خمر لا يحل له ان ياخذه ولا للمديون ان يؤديه
لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع
الميتة ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه
لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس
حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد
شاربها وان لم يسكر منها لقوله عم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد
فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا ان حكم القتل قد
انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد الاجماع من الصحابة رض وتقديره ذكرناه
في الحدود والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها
بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد بالقليل في النيء خاصة
لما ذكرناه وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي رح وسنذكره
من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل
من ثلثيه فهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب
نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا
اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي رح انه مباح وهو قول بعض المعتزلة
لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه
الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر
وهو النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله
انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو
بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رض ويدل عليه ما رويناه من قبل والاية
محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه
والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو
النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي
وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشياء دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها
ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد
بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية و
غليظة في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن

ستلفها عند ابي حنيفة رح خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت
دلالة قطعية لسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا
مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف
انه يجوز بيعه اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين وقال
في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به قالوا هذا الجواب
على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة
والشعير والذرة والعسل حلال عند ابي حنيفة رح ولا يحد شاربه عنده
وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله
بالبنج ولبن الرماك وعن محمد رح انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع
طلاقه اذا سكر منه كما في ساير الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف
يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه
ثم رجع الى قول ابي حنيفة رح وقوله الاول مثل قول محمد رح ان كل مسكر حرام
الا انه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد
لا يحمض ووجهه ان بقاءه هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته
وكان اية حرمته ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رض وابو حنيفة رح يعتبر
حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر
منه على ما نذكر ان شاء الله تعالى وابو يوسف رح رجع الى قول ابي حنيفة فلم يحرم
كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا
طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه
انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد
والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي نذكره ان شاء الله تعالى ولا
باس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رض شربة ما كدت
اهتدي الى منزلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة
وزبيب وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب
وهو النيء منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب
والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء ونبيذ العسل
والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي

حنيفة وابي يوسف رح اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين
الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل
يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله
لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل
لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن
سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في
زماننا اجتماعهم على ساير الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان
اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة
اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته
من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه وعصير العنب
اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وقال محمد ومالك والشافعي حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد
به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه
انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله
عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عن النبي عليه السلام ما اسكر الجرة منه
فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر
ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من
كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد
هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته
الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على
الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير
اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق
ثم يطبخ طبخة يحكم حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا
صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا
للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب
كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل ما لم
يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قايم فيه من غير تغير فصار كما

بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لم يحل
حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفي فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد
ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب
ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر ونقيع الزبيب ادنى طبخة ثم انقع
فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله
لا باس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح
من نقيع والمعنى فيه تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط
وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه
لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال ولا باس بالانتباذ في
الدباء والحنتم والمزفت والنقير لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية
فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقاله
ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان
كان الوعاء عتيقا يغسل ثلثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب
الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة
ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج
الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت
خلا بنفسها او بشيء يطرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي يكره تخليلها
ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير
القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر
على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان
بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين
الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح
مباح ايضا وهو الخل اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام
الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني
فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه
وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل
بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال

على ما قالوا قال ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر و
الانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى بها جرحا او دبرة دابة ولا
ان يسقي ذميا ولا ان يسقي صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا
لا يسقيها الدواب وقيل لا يحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به
كما في الكلب والميتة ولو القي الدردي في الخل لا باس به لانه يصير خلا لكن
يباح حمل الخل اليه دون عكسه لما قلنا قال ولا يحد شاربه اي شارب الدردي
ان لم يسكر وقال الشافعي يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو
الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة
ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء
بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم
ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا تؤكل لتنجسها
ولا حد ما لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام
اجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير

الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه
بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه
عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب
ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه
وايما كان جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلثة واصل اخر
ان العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا
لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب
ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي
العصير وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاها ويبقى ثلثه فيحل لانه
ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء
فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون
دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي
الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة او دفعات سواء اذا
حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلا حتى ذهب الثلثان يحل
لانه اثر النار واصل اخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم اهريق

من الباقي بعضه لم يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب شيء منه فيخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق منه ثلثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب شيء منه وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعان وعلى هذا يخرج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به هداية الى تخريج غيرها من المسائل

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى فاذا حللتم فاصطادوا وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكوته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تأويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحداة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه

انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه

قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو المأثور عن ابن عباس رضي الله عنه ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوف عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه واما الكلب فهو مألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلث فقدر بها وعند ابي حنيفة على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى رأي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل وصار كما لو تصرف المأذون في سكوت المولى ولانه آية تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسألة لان الاذن اعلام فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة

قال واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب او البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكوة الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي

يوسف رحمه الله انه لا بأس بشرط رجوعا الى التأويل الاول وصوابه ما قلنا. فان اكل
منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم
وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم
في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم اكل من صيد لا يؤكل
هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف
الروايات كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا
الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه
بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس
يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضي الحكم فيه
بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف
غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز
فحرمناه احتياطا وله انه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا تنسى اصلها ولكن
تنسى دقائقها فاذا اكل تبين انه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد
قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا
فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله
كالكلب اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه اكل لانه ممسك
الصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح
له ولو اخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي لانه
لم يبق صيدا فصار كما لو القي اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه
واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس
شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية
ولو نهش الصيد فقطع منه قطعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل
لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد ولو القى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم
يأكل منه واخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل من نفس
الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف
الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهش
البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف فيقطع البد

البضعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه
الثاني فلا يدل على جهله. وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه
وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لانه قدر على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم يثبت قبل موته فبطل
حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة
فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح
انه يحل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا راى الماء ولم يقدر
على الاستعمال ووجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبتت يده على المذبح وهو
قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون
فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا
بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه لو
وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح
وفصل بعضهم فيها تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا
خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار
وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه
حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعدما
ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رح لا يؤكل ايضا لانه وقع في يده حيا
فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكره ان شاء الله تعالى وهذا الذي
ذكرنا اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة
والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى
الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف رح اذا كان بحال لا يعيش
مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد رح ان كان يعيش فوق ما يعيش
المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ولو ادركه ولم ياخذه
فان كان في وقت لو اخذه يمكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان
كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه
فذكاه حل لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكوة وقعت موقعها بالاجماع
وان لم تكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة ذكوته الذبح على ما ذكرناه فقد

وُجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح وان ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حلّ
وقال مالك لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه ولنا
انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا
يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عيّنه فسقط اعتباره ولو ارسله على صيد كثير وسمّى
مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان
الذبح يقع بالارسال على ما بيّناه ولهذا يشترط التسمية عنده والفعل واحد
فتكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير
مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احداهما فوق الاخرى
وذبحهما بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن
ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع
الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا ثم اخذ آخر فقتله
وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى
سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار
ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك
حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على
صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد واخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث
زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكين لما بيناه في الكلب ولو ان
بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدرى ارسله انسان او لا لا يؤكل لوقوع الشك
في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح
شرط على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة انه اذا كسر
عضوا فقتله لا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول
ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق
وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا
لم يؤكل لما روينا في حديث عدي ولانه اجتمع المبيح والمحرم فتغلب جهة الحرمة نصا
او احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرح معه ومات بجرح الاول يكره اكله
لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي بنفسه
حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق

بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول
لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا بأس باكله لان فعل
الثاني اثّر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله
لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا
فيضاف اليهما واذا ارسل المسلم كلبه الى صيد فزجره مجوسي فانزجر بزجره
فلا بأس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار
زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي
والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر
لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا
يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكوته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة
المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس باكله
لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه فعل المكلف فاستويا
فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمّى فادركه وضربه فوقذه ثم قتله اكل و
كذلك اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد
الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه
احدهما وقتله الآخر اكل لما بيّنا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية
الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة
الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية
بجرح الكلب الاول

فصل في الرمي

ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او
ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد
كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف رحمه الله انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم
الا يرى انه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر رحمه الله
خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم
الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه
والتناول يرجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله
واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه
حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن

الذي يأوي البيوت يحل والظبي الموثق بمنزلة الشاة ولو رمى إلى طائر
فأصاب صيدا ومر الطائر ولا يدري وحشي هو أو غير وحشي حل الصيد لأن
الظاهر فيه التوحش ولو رمى إلى بعير فأصاب صيدا ولا يدري ناد هو أم لا
لا يحل الصيد لأن الأصل فيه الاستئناس ولو رمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب
صيدا يحل في رواية عن أبي يوسف رح لأنه صيد وفي أخرى عنه أنه لا يحل لأنه
لا ذكاة فيهما ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فإذا هو صيد
يحل لأنه لا معتبر بظنه مع تعينه وإذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب إذا
جرح السهم فمات لأنه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية
عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة فلا بد من الجرح ليتحقق معنى
الذكاة على ما بيناه قال وإن أدرك حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهه في
فيما قبل الفصل الأول فلا نعيده ثانيا قال وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى
غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتا أكل وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا
لم يؤكل لما روي عن النبي عم أنه كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال لعل
هوام الأرض قتلته ولأن احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله
لأن الموهوم في هذا كالمحقق لما روينا إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في
طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه
لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك رح في قوله
إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل فإذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى
جراحة سهمه لا يحل لأنه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم
الهوام والجواب في إرسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه قال وإذا
رمى صيدا فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض لم يؤكل لأنه
المتردية وهي حرام بالنص ولأنه احتمل الموت بغير الرمي إذ الماء مهلك وكذا
السقوط من عال يؤيده قوله عم لعدي رض وإن وقعت رميتك في الماء فلا
تأكل فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك وإن وقع على الأرض ابتداء أكل لأنه
لا يمكن التحرز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لأنه يمكن التحرز
عنه فصار الأصل أن سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب
الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده

وجوده مجرى عدمه لأن التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه إذا وقع
على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على جبل فتردى
من موضع إلى موضع حتى تردى إلى الأرض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو
قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حد هذه الأشياء قتله ومما لا يمكن
التحرز عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت
أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها لأن وقوعه عليه وعلى الأرض سواء
وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر
وصححه الحاكم الشهيد رح وحمل مطلق المروي في الأصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس
الأئمة السرخسي على ما إذا أصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في
الأصل على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا
أصح وإن كان الطير مائيا فإن كانت الجراحة لم تنغمس في الماء أكل وإن انغمست
لا يؤكل كما إذا وقع في الماء قال وما أصاب المعراض بعرضه لم يؤكل لقوله عم فيه
ما أصاب بحده فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل ولأنه لا بد من الجرح ليتحقق معنى
الذكاة على ما قدمناه قال ولا يؤكل ما أصابته البندقة فمات بها لأنها تدق وتكسر
ولا تجرح فصار كالمعراض إذا لم يخزق وكذلك إن رماه بحجر وكذلك إن جرحه
قالوا تأويله إذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بثقله وإن كان الحجر خفيفا
وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم
وبه حدة فإنه يحل لأنه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا
لا يحل لأنه قتله دقا وكذا إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه لأن العروق
تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك أو لعله مات قبل قطع الأوداج
ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لأنه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم إلا إذا كان
له حدة تبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لأنه بمنزلة السيف والرمح والأصل في هذه
المسائل أن الموت إذا كان مضافا إلى الجرح بيقين كان الصيد حلالا وإذا كان
مضافا إلى الثقل بيقين كان حراما وإن وقع الشك ولا يدري مات بالجرح أو
بالثقل كان حراما احتياطا وإن رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحده فجرحه
حل وإن أصابه بقفاء السكين أو بمقبض السيف لا يحل لأنه قتله دقا والحديد
وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح إن كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق

وان لم يكن مثخنا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او
كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط
الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم
ان كانت كبيرة يحل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو
ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا يحل وقيل يحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا
اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه
قال واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال
الشافعي اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه
كما اذا ابين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت منه لانه ما ابين بالذكاة
ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي
حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام
الحيوة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع
حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين بالذكاة قلنا
حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا تظهر في المبان لعدم
الحيوة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان
من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى
في المبان منه حيوة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا
لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فتخرج
عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذه او ثلثه مما يلي القوائم او اقل
من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي
ولو قده نصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف رأسه
او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم
بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك فما ابين منه ميت
الا ان ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها
يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل
القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل
ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتئام والا

والاندمال فان مات حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان
بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال ولا يؤكل
صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكوة على ما بيناه في الذبائح
ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني او اليهودي لانهما من اهل الذكوة
اختيارا فكذا اضطرارا قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز
الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل لانه هو الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد
لمن اخذه وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال
الموت بالثاني وهو ليس بذكوة للقدرة على ذكوة الاختيار بخلاف الوجه الاول
وهذا اذا كانت الرمية الاولى بحال ينجو منها الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا
الى الرمي الثاني اما اذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى
فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف
الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش
منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما
او دونه فعلى قول ابي يوسف رح لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من
الحيوة لا معتبر به عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحيوة الاول معتبر
عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه كالجواب فيما اذا كان الاول بحال
يسلم منه الصيد سواء ولا يحل قال والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته
جراحته لان الرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن له وهو منقوص
بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تأويله اذا علم ان القتل
حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال
لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا
للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان
الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته
جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه
اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا
واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو
مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت

بصنعة والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا وأما الثالث فلأن الرمية الأولى صارت بحال لا تحل بذكوة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لأنه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وإن كان رماه الأول ثانيا فالجواب في حكم الإباحة كالجواب فيما إذا كان الرامي غيره ويصير كما إذا رمى صيدا على قلة جبل فأثخنه ثم رماه ثانيا فأنزله لا يحل لأن الثاني محرم كذا هنا

قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لحمه لإطلاق ما تلوناه والصيد لا يختص بمأكول اللحم قال قائلهم صيد الملوك أرانب وثعالب وإذا ركبت فصيدي الأبطال ولأن صيده سبب للانتفاع بجلده أو بشعره أو ريشه أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي أنه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الإجماع ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة

قال الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الإيجاب بمجرده لأنه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه إن شاء الله تعالى وقال مالك يلزم بنفس العقد لأنه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولأنه عقد وثيقة فأشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الأمر ولأنه عقد تبرع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من إمضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع وعن أبي يوسف رح أنه لا يثبت في المنقول إلا بالنقل لأنه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لأنه ناقل للضمان من البائع إلى المشتري وليس بموجب ابتداء والأول أصح

قال وإذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار إن شاء سلمه وإن شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا أن اللزوم بالقبض إذ المقصود لا يحصل قبله

قال فإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي هو أمانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلثا لصاحبه غنمه

وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين فهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لأن بعد الوثيقة تزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد إذ الحق بعده يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام إذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك الرهن وإجماع الصحابة والتابعين على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته والقول بالأمانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بأن يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لأن الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على وفق الإنباء ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة إليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره وإذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي إلى الربوا بخلاف حالة القيام لأنه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه إلى استيفاء الباقي بدونه لأنه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حيوته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن لأن العين أمانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وإن كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة والحاصل أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع ويخرج على هذين جملة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهي جملتها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لأنه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لأنه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع

وسنبيّنه بتوفيق الله تعالى في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال شيخ الاسلام رح ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها وما هي دين ويمكن ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة به وان كان لا تجب الا بعد الهلاك ولكنه تجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه حكما وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر رح الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمسمائة والدين الف يرجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث علي رضه انه قال يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضه ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا توجب الضمان الا بقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما روي حالة البيع فانه روي عنه انه قال المرتهن امين في الفضل قال وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيّنا على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن

الثمن اولا وان طالبه بالرهن في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل لان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامره ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذا اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به ولو كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لان حكم الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه

لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد الاستيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده يسقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له ان يوجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي

قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بيناه جميع ذلك بدلائله في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذلك الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلثة فتقلدها لم يضمن في الثلثة وضمن في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد سيفين في الحرب فلم تجر بتقلد الثلثة وان لبس خاتما فوق الخاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في ماكله ومشربه واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة

كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وكري النهر وسقي البستان وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد الراهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجر الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه يحتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت من مؤنة الرد فتلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها تجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل فانما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة رح انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف رح يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

ولا يجوز رهن المشاع وقال الشافعي رح يجوز ولنا فيه وجهان احدهما ينبني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فيصير

كما إذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها
بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لأن المانع في الهبة غرامة القسمة
وهو فيما يقسم أما حكم الهبة فالملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء
والمشاع لا يقبله وإن كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لأنه لا يقبل حكمه
على الوجه الأول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن
فيصير كأنه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في
رواية الأصل وعن أبي يوسف رح أنه لا يمنع لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء
فأشبه الهبة وجه الأول أن الامتناع لعدم المحلية وما يرجع إليه فالابتداء
والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لأن المشاع يقبل حكمها
وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة
إلى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ
العقد في بعض الرهن قال ولا يجوز رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا
زرع في الأرض دون الأرض ولا رهن النخيل في الأرض دونها لأن المرهون
متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع وكذا إذا رهن الأرض دون
النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر لأن الاتصال يقوم بالطرفين
فصار الأصل أن المرهون إذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لأنه لا يمكن
قبض المرهون وحده وعن أبي حنيفة رح أن رهن الأرض بدون الشجر جائز
لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الأشجار بمواضعها بخلاف ما إذا رهن
الدار دون البناء لأن البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الأرض وهي
مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لأن هذه مجاورة
وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لأنه تابع لاتصاله به فيدخل
تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لأن بيع النخيل بدون الثمر جائز فلا ضرورة
إلى إدخاله من غير ذكره وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من
غير ذكر لأنه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الأرض ولا يدخل
في البيع لما ذكرنا في الثمرة ويدخل البناء والغرس في رهن الأرض والدار والقرية
لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه إن كان الباقي يجوز ابتداء
الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته وإلا بطل كله لأن الرهن جعل كأنه ما

ما ورد إلا على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة
وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم
حتى يلقي الحمل لأنه شاغل لها بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا
تاما إذا دفعها إليه لأن الدابة مشغولة به فصار كما إذا رهن متاعا في دار
أو في وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما إذا رهن سرجا على دابة أو لجاما في
رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها
ثم يسلمه إليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير
ذكر قال ولا يصح الرهن بالأمانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة
لأن القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض
مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونة بغيرها
كالمبيع في يد البائع لأن الضمان ليس بواجب فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع
شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فأما الأعيان المضمونة
بعينها وهي أن تكون مضمونة بالمثل أو بالقيمة عند هلاكها مثل المغصوب
وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لأن الضمان متقرر
فإنه إن كان قائما وجب تسليمه وإن كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو
مضمون فيصح قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق أن الرهن
للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب وإضافة التمليك إلى زمان في المستقبل لا
يجوز أما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الأفعال يصح مضافا إلى المآل كما
في الصوم والصلوة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن
فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك بأمانة لأنه لا عقد حيث وقع باطلا
بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف
درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لأن الموعود
جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على
اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال ويصح الرهن
برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر لا يجوز لأن حكمه الاستيفاء
وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا أن المجانسة
ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر

والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وفيه رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشترى في يد المشتري يهلك بقيمته فكذا ههنا قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولا يجوز الرهن بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المأذون المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن ان كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا والخل خمرا والشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا

تصادقا على ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف خلافه وكذا في جميع ما تقدم من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بيناه وعن ابي يوسف وزفر انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب والوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه وكذا اصل هذه المسألة البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي يوسف رح لا تقع المقاصة وكذلك الوكيل بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق اليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد

البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به
في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن وكذلك اذا
هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه
بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جايزين فان هلك
ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي
وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم
في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في
يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد
البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما بيناه والمال
دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذه
الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد
اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعدما رهنه فاستعمله
لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن
بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان
قد حل الاجل فان كانت قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم
لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته
اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان
المضمون عليه قدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته اكثر من الدين ادى قدر الدين
من القيمة الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن
لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل
كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير
حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة
الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب
الاقرار اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه
لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن ياخذه بدينه ان كان قد
حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون
رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي

الصبي بذلك لما ذكرنا قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون
لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها فهلكت هلكت
بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها
وهذا عند ابي حنيفة رح لانه عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة
وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وتكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير
فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه
معناه ان تكون قيمته مثل وزنه او اكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق
لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل
الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان كانت
قيمته اقل من الدين فهو على هذا الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن
لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا
الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة
ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد
بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى
نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الانسان
لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى
الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح
على ما هو المشهور لان محمدا فيها مع ابي حنيفة رح وفي هذه مع ابي يوسف والفرق
لمحمد رح انه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم
بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل اخر فلا بد من نقض القبض وقد امكن
عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته
مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان
يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى الافتكاك
مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه
قيمته من جنسه او بخلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن
بالضمان وعند محمد رح ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا
لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة

الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه
قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم يقع المقاصة
ودفع جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى
وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا
من خلاف جنسه او رديا من جنسه وتكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما
ظاهر وكذلك عند محمد لانه يعتبر حال الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة
وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثنى عشر عند ابي حنيفة رح
يضمن قيمته وتكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة
فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه
وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون
التابع امانة وعند ابي يوسف رح يضمن خمسة اسداس قيمته وتكون خمسة اسداس
الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة
خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة
كزيادة الوزن كان وزنه اثنى عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها
تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند
المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد رح نوع طول يعرف
في موضعه من المبسوط والزيادات بجميع شعبها قال ومن باع عبدا على ان يرهنه
المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس و
الاستحسان اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه
القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان
الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في
المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن
الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة
والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس
وقبل صح فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر رح يجبر لان
الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن

الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما
بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البائع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن
وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته
الا ان يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن
رهنا لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة قال ومن اشترى ثوبا
بدراهم فقال للبائع امسك هذا الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه
اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود
للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضده كفالة
وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن ابي يوسف لان قوله امسك يحتمل
الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه
بدينك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء
علم ان مراده الرهن فصل ومن رهن عبدين بالف فقضى حصة احدهما
لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم
الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء
من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع في يد البائع فان سمى
لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية
الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد
لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد
العقدين لا يصير مشروطا في الآخر الا يرى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز
قال وان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها
رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة
ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي
فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند
ابي حنيفة رح فان تهايئا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر قال
والمضمون على كل واحد منهما حصته من دينه لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا
حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد
الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس

المبيع اذا ادى احد المشتريين حصته ﴿وان رهن رجلان بدين عليهما
رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه
حتى يستوفي جميع الدين﴾ لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع ﴿فان
اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهنه عبده الذي في يده
وقبضه فهو باطل﴾ لان كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا وجه
الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا
وكله رهنا لذلك في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية
ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل
بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذا
جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا
عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة
الى مثله من الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في
الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه ان كان قياسا لكن محمدا
اخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له ﴿ولو
مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان
في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد
وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف﴾ لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد
الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة
وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس
والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار
كما اذا ادعى الرجلان نكاح امراة او ادعت اختان النكاح على رجل واقاموا
البينة تهاترت في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام

باب الرهن يوضع على يد العدل

﴿واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز
وقال مالك لا يجوز﴾ ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع
العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك
في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون
هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل
العدل على المالك عند الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع ﴿وليس
للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه﴾ لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته
وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر ﴿فلو هلك
في يده هلك من ضمان المرتهن﴾ لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة
﴿ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ضمن﴾ لانه مودع الراهن في حق العين ومودع
المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي
﴿واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع
اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده﴾ لانه يصير قاضيا ومقتضيا
وبينهما تناف لكن يتفقان على ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند
غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الى القاضي ليفعل ذلك ﴿ولو فعل
ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة
سالمة له﴾ لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن فلا يجتمع البدل
والمبدل في ملك واحد ﴿وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة
منه﴾ لان العين لو كان قائما في يده ياخذه اذا ادى الدين فلذلك ياخذ ما قام
مقامه ولا يجمع فيه بين البدل والمبدل ﴿واذا وكل الراهن المرتهن او العدل
او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة﴾ لانه توكيل ببيع ماله
﴿وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل﴾
لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه
الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي
العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا
حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله
فكذلك بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره
﴿وان مات الراهن لم ينعزل﴾ لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق
الورثة وحق المرتهن مقدم ﴿وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه
في حال حيوته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته﴾ لان العقد
لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه ﴿وان مات الوكيل
انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه﴾ لان الوكالة لا يجرى

فيها الارث ولان الموكل رضي برأيه لا برأي غيره وعن ابي يوسف رحمه الله ان
وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات
بعد ما صار رأس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انها لازمة بعد
ما صارت اعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف
المضاربة لانها حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضاء الراهن لانه
ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضاء المرتهن لان المرتهن
احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع وان حل الاجل
وابى الوكيل الذي في يديه الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما
ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى
الوكيل ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجه الثاني لان فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل
بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن
لا يملك بيعه بنفسه ولو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده
قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح
وعن ابي يوسف رحمه الله ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجامع
الصغير وفي الاصل واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم
مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى
كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك
اذا قتل العبد المرهون وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان
كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك
لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما واذا باع العدل الرهن فاوفى
المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن
قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره
وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما ففي
الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان
شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع
وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه امر ببيع ملك نفسه وان ضمن
البائع ينفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه وكذا

واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل
من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا
يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه
اخذ الثمن بغير حق لان العدل ملكه باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له
وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله
ان يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه
وفي الوجه الثاني وهو ان يكون قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده
لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه هو العاقد فتتعلق
به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم
ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة
فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء
رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض
قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع
به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع
عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان
التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به
على الراهن قبض الثمن المرتهن او لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا
رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره
الموكل ثم لحقته عهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد
لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكره الكرخي
وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع وان مات العبد المرهون
في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن
لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن فقد مات
بالرهن لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن
بما ضمن من القيمة وبدينه اما القيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه
انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان قال قيل لا كان قرار الضمان على الراهن يرجع
المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه رهن

ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن ابي خازم
القاضي والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه
او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل عنه وبالملك يحال في ذلك مقتصرا على عقد الرهن
بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن
فيستند الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام في كفاية المنتهي

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف
على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله تتوقف على
اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان
التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه
زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في
المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه
تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون اذا بيع برضاء
الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط راسا
فكذا ههنا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن
الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار
كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت
حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد
هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز
على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ العقد لفوات
القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري
قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك ههنا ولو باعه الراهن من رجل ثم
باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته
لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني
جاز الثاني ولو باع الراهن ثم اجر او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن
هذه العقود جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع
الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه

العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة لا
بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه
فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق فلو اعتق الراهن عبد الرهن
نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان فيه
ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض
اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق العبد المستاجر لان
الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها اما لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب
اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشتري
قبل القبض او اعتق الابق والمغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي
وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك
المرتهن في اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى
من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بالطريق الاولى وامتناع النفاذ
في الهبة والبيع لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى
برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة رح واذا نفذ الاعتاق
بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب
باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة
فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى
يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة واذا حل الدين اقتضاه
بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى
به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى عين حقه من جهة
المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه
وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل فسنذكره ان شاء الله
تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع
فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه
انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وههنا يسعى في ضمان على غيره
بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة اوجب السعاية في المستسعى
المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان

الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقة الملك الثابت للشريك ثم
فوجبت السعاية ههنا بحالة واحدة اظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشتري
قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن ابي يوسف رح
والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس ضعيف ان البائع لا يملك في الاجرة
ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن
ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يتمكن من الاسترداد فلو اوجبنا
السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان
قال رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر
وهو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق
فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية ولو دبره الراهن
صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع
عنده ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح
بادنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا من
الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا
ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن
المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى
في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة
فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمهما الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان
على المولى بعد يساره لانهما اديا من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه
وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لانه عوض
الرهن حتى تحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى
به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضي عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع
الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه
لانه اداه من مال المولى قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون
عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي
فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة وتكون رهنا في يده لانه احق بعين
الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته

قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسين ويوم رهن الفا غرم
خمسين وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزائدة كأنها
هلكت بآفة والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض
السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك وكذا لو استهلكه
المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت رهنا في يده
حتى يحل الدين لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه واذا حل الدين وهو على صفة القيمة
استوفى المرتهن منها قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن
لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن وان نقصت عن الدين بتراجع السعر
الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين
خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض
وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف
وهو قيمته يوم اتلف قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل عملا
فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية وبين يد الرهن فان
هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان
يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا ترى انه
لو هلك الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء
وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل
حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك
واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن
فيعود بصفته وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان
لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد حقا محترما
فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن
الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل
الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم
بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالعارية فلم يتعلق به حق لازم فافترقا
واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ في العمل
هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذلك اذا هلك بعد الفراغ من العمل

لانقطاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن للمرتهن بالاستعمال لما بيناه ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه وان كانت قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو

الموجب على ما بيناه ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين ولو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكاره اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوف وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق وتكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيردها الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد ليقوم مقامه قال وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليها المرتهن فيضمنها لمالكها قال وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب المال اما

الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك الا يرى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن فان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتباره لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة رح انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او على ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي

ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف درهم الى اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين خلافا لزفر رح هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه يعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد المرتهن يد استيفاء من الابتداء وبالهلاك

يتقرر وقيمته كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا واذا كان امره الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه ويرجع بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذلك هذا وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عندهما وقال محمد رح هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر رح يصير رهنا بمائة له ان يد المرتهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا رحمهم الله على زفر ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد رح في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيتخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يتخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر رح وعين الرهن امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة قائم له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك

وكذلك إن فدى لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنسانا أو استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء لأنه غير مضمون على المرتهن فإن دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك في الابتداء وإن فدى فهو رهن مع أمه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فإن أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء وإن أبى قيل للراهن بعه في الدين إلا أن يختار أن يؤدي عنه فإن أدى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وإن لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فإن فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لأن الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبه الهلاك فإن كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم إن كان دين المرتهن قد حل أخذه به لأنه من جنس حقه وإن كان لم يحل أمسكه حتى يحل وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على أحد حتى يعتق العبد لأن الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر إلى ما بعد العتق ثم إذا أدى بعده لا يرجع على أحد لأنه وجب عليه بفعله وإن كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد قيل لهما افدياه لأن النصف منه مضمون والنصف أمانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الأمانة على الراهن فإن أجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وإنما منه الرضا به وإن تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدي راهنا كان أو مرتهنا أما المرتهن فلأنه ليس في الفداء إبطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن إبطال حق المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن إذا قال المرتهن أنا أفدي له ذلك وإن كان المالك يختار الدفع لأنه إن لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له أن يفدي وأما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره فيكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن لأنه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحال هذه كان

متبرعا وهذا على ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين إن شاء الله تعالى ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداه الراهن فإنه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لأن سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر إن كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وإن كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لأن الفداء في النصف كان عليه فإذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كأنه أوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وإن كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا عنده وقال أبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لأنه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبه الأجنبي وله أنه إذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته فإذا فداه المرتهن فقد تبرع كالأجنبي فأما إذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج إلى إصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة فلا يكون متبرعا قال وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين لأن الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع بإذن المرتهن فكذا الوصي وإن لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وأمره ببيعه لأن القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره وإن كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه لأنه آثر بعض الغرماء بالإيفاء الحكمي فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي فإن قضى دينهم قبل أن يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم إليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالإيفاء الحقيقي ويبيع في دينه لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لأنه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيل نذكره في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى

فصل

قال ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن إذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وإن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى إن من اشترى عصيرا

فتحول قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة
ما اذا تعيب قال ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار
يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا احيي بعض المحل
يعود حكمه بقدره بخلاف اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها
حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود اما
الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول
يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف لانه
متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه
فان هلك يهلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل
تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه
الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك
لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك
اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب
الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن
به لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى
وتمامه في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن
احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك
للاباحة ويصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر
ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى
ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب
الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على
ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن
اخذه واتلفه فصار مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك
ولد الشاة اذا اذن الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا
القياس قال وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رح
ولا يصير الرهن رهنا بها وقال ابو يوسف رح تجوز الزيادة في الدين ايضا
وقال زفر والشافعي رح لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن نظير الخلاف في الثمن والمثمن

والمهر في المنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف رح في الخلافية
الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة
فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان ولهما
وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا
والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى
انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل
العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه
بسبب سابق على الرهن وكذا يبقى بعد الفسخ والالتحاق باصل العقد في بدلي
العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن
وتسمى هذه الزيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة
الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول
يوم القبض الفا والدين الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي
الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان القبض
في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض
واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد
الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه
جعله زيادة مع الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على
قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها
وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام قال فان رهن عبدا يساوي الفا
بالف ثم اعطاه عبدا اخر قيمته الف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده
الى الراهن والمرتهن في الاخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل
في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض
ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا
بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط
تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان
فلا ينوب عنه كمن له على اخر الف جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم
بالزيافة وطالب بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يده ما لم يرد الزيوف

ويجدد القبض وقيل لا يشترط لأن الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل
وقبض الأمانة ينوب عن قبض الهبة ولأن الرهن عينه أمانة والقبض يرد على
العين فينوب قبض الأمانة عن قبض العين ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين
أو وهبه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر
لأن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود
ولم يبق الدين بالإبراء والهبة ولا جهته لسقوطه إلا إذا أحدث منعا لأنه يصير
به غاصبا إذ لم يبق له ولاية المنع وكذا إذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق
فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على
صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط
الدين كما في الإبراء ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء
متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى إلى من استوفى
منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف الإبراء ووجه الفرق أن الإبراء يسقط
أصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب إلا أنه يتعذر الاستيفاء
لعدم الفائدة لأنه يعقب مطالبة مثله فإذا هو في نفسه قائم فإذا هلك يتقرر
الاستيفاء الأول فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا إذا اشترى بالدين عينا أو صالح
عنه على عين لأنه استيفاء وكذا إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره
ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء
لأنه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحال عليه أو ما يرجع عليه أن لو كان
للمحيل على المحال عليه دين لأنه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على أن لا دين
ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة
باقية بخلاف الإبراء

كتاب الجنايات

القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ
وما أجري مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الأحكام **قال**
فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب
والمروة المحددة والنار لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال
الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجبه المأثم لقوله تعالى ومن يقتل
مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد
إجماع الأمة **قال** والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية إلا أنه تقيد بوصف

بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجبه ولأن الجناية بها تتكامل
وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك إلا أن يعفو
الأولياء أو يصالحوا لأن الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي أخذ الدية إلا برضا
القاتل وهو أحد قولي الشافعي إلا أن له حق العدول إلى المال من غير مرضاة القاتل
لأنه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب أحدهما لا بعينه
ويتعين باختياره لأن حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا
ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة ولأن المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص
يصلح للمماثلة وفيه مصلحة الأحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال
ضرورة صون الدم عن الإهدار ولا يتعين لعدم قصد الولي بعد أخذ المال إذ قتله فلا يتعين
مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي تجب لأن الحاجة إلى التكفير في العمد
أمس منها إليه في الخطأ فكان أدعى إلى إيجابها ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة
معنى العبادة فلا يناط بمثلها ولأن الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع
الأدنى لا يعينها لدفع الأعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل **قال** وشبه
العمد عند أبي حنيفة رح أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى السلاح
وقالا وهو قول الشافعي إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد
أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة
لا يقتل بها غالبا لأنه يقصد به غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر
باستعمال آلة لا تلبث إذ لا يقصد به إلا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود
وله قوله عليه السلام ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل
ولأن الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه إذ لا يمكن استعمالها على غرة من
المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا إلى الآلة فكان شبه
العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة **قال** وموجبه على القولين الإثم لأنه
قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية مغلظة على العاقلة
والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهو على العاقلة اعتبارا
بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رض وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ
من بعد إن شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث لأنه جزاء القتل والشبهة تؤثر في
سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك يخ وإن أنكر معرفة شبه العمد

فالحجة عليه ما أسلفناه قال والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمي شخصاً يظنه صيداً فإذا هو آدمي أو يظنه حربياً فإذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمي غرضاً فيصيب آدمياً وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله الآية وهي على العاقلة في ثلاث سنين لما بيناه ولا إثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد إثم القتل فأما في نفسه فلا يعرى عن الإثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت في حال الرمي إذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لأن فيه إثماً فيصح تعليق الحرمان به قال وما أجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه إذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لأنه سبب التلف وهو متعد فيه فأنزل موقعاً دافعاً فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي رح يلحق بالخطأ في جميع أحكامه لأن الشرع أنزله قاتلاً ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة فألحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل وهو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص إتلافه بآلة دون آلة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد إذا قتل عمداً أما العمدية فلما بيناه وأما حقن الدم على التأبيد فلتنتفي شبهة الإباحة وتتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي رح لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد ولأن مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لأنهما يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلافاً للشافعي رح له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي أن النبي عليه السلام قتل مسلماً بذمي ولأن المساواة في

العصمة ثابتة نظراً إلى التكليف أو الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة قال ولا يقتل بالمستأمن لأنه غير محقون الدم على التأبيد وكذا كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً للمساواة ولا يقتل استحساناً لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن وبناقص الأطراف وبالمجنون للعمومات ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو بإطلاقه حجة على مالك رح في قوله يقاد إذا ذبحه ذبحاً ولأنه سبب لإحيائه فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وإن وجده في صف الأعداء مقاتلاً أو زانياً وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال أو النساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لأن القصاص لا يتجزى ومن ورث قصاصاً على أبيه سقط لحرمة الأبوة قال ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف وقال الشافعي رح يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلاً مشروعاً فإن مات وإلا تحز رقبته لأن مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود إلا بالسيف والمراد به السلاح ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم قال وإذا قتل المكاتب عمداً وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح لا أرى في هذا قصاصاً لأنه اشتبه سبب الاستيفاء فإنه الولاء إن مات حراً والملك إن مات عبداً وصار كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هنا ولهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسألة لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك

وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وإن اجتمعوا مع المولى لأنه اشتبه من
له الحق لأنه للمولى إن مات عبداً وللوارث إن مات حراً إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة
في موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الأولى لأن المولى متعين فيها وإن ترك
وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعاً لأنه مات عبداً بلا ريب
لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء لأن العتق في
البعض لا ينفسخ بالعجز وإذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن
والمرتهن لأن المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في
الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه وإذا قتل ولي المعتوه
فلأبيه أن يقتل لأنه من الولاية على النفس شرع لأمر راجع إليها وهو تشفي الصدر
فيليه كالإنكاح وله أن يصالح لأنه أنظر في حق المعتوه وليس له أن يعفو لأن فيه
إبطال حقه وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمداً لما ذكرنا والوصي بمنزلة الأب في جميع
ذلك إلا أنه لا يقتل لأنه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا
الإطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فإنه لم يستثن إلا القتل
وفي كتاب الصلح أن الوصي لا يملك الصلح لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه
فنزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا أن المقصود من الصلح المال وأنه يجب
بعقده كما يجب بعقد الأب بخلاف القصاص لأن المقصود التشفي وهو مختص
بالأب ولا يملك العفو لأن الأب لا يملكه لما فيه من الإبطال فهو أولى وقالوا القياس أن
لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لأن المقصود متحد وهو
التشفي وفي الاستحسان يملكه لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فإنها خلقت
وقاية للأنفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي
بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الأب في الصحيح ألا يرى أن من قتل ولا ولي
له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه ومن قتل وله أولياء صغار وكبار
فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار
لأن القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم
الكل إبطال حق الصغار فيؤخر إلى إدراكهم كما إذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب
أو كان بين المولين وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة
واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهم كملاً كما في ولاية

الإنكاح بخلاف الكبيرين لأن احتمال العفو من الغائب ثابت ومسألة المولين
ممنوعة ومن ضرب رجلاً بمر فقتله فإن أصابه بالحديد قتل به وإن أصابه
بالعود فعليه الدية قال رضه وهذا إذا أصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب
وإن أصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن أبي حنيفة رح اعتباراً منه
للآلة وهو الحديد وعنه إنما يجب إذا جرح وهو الأصح على ما نبينه إن شاء الله تعالى
وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان وأما إذا ضربه بالعود فإنما تجب الدية
لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل
هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلاً بالمثقل وفيه خلاف أبي حنيفة على ما نبين
إن شاء الله تعالى وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسألة الموالاة
له أن الموالاة في الضربات إلى أن مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا قوله عليه السلام ألا إن
قتيل خطأ العمد ويروى شبه العمد الحديث ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن الموالاة
قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى أول الفعل
عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية ومن غرق
صبياً أو بالغاً في البحر فلا قصاص عند أبي حنيفة رح وقالا يقتص منه وهو قول
الشافعي غير أن عندهما يستوفى حزاً وعنده يغرق كما بيناه من قبل لهم
قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولأن الآلة قاتلة فاستعمالها أمارة العمدية
ولا مرية في العصمة وله قوله عليه السلام ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا
وفي كل خطأ أرش ولأن الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه
لتعذر استعمالها فتمكنت شبهة عدم العمدية ولأن القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه
يقال اقتص أثره ومنه المقصة للجلمين ولا مماثلة بين الجرح والدق لقصور
الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر لأن القتل بالسلاح
غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وقد أومأت
إليه إضافته إلى نفسه فإذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة
وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة ومن جرح رجلاً عمداً فلم يزل
صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في
الظاهر فأضيف إليه وإذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل
مسلم مسلماً خطأ وظن أنه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لأن هذا أحد نوعي

الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة قضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال النبي عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الاخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا فكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلثة اجناس فكأن النفس تلفت بثلثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية

فصل ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر سيفا على المسلمين فقد اطل دمه ولانه باغ فيسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد رح في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث عادة فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وان كانت تلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا وان كان عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما قال وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي رح لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف رح انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي رح انه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما فمعتبر في

الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا لها وكذا فعلهما وان كان عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القتل بتحقيق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال ومن دخل على غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتال دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتاويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل

باب القصاص فيما دون النفس

قال ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كان يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بصغر اليد وكبرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك قال وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان رعاية المماثلة في القطع قال ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع فان كانت قائمة فذهب ضوءها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم قال وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن من يقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي كل شجة يتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا قال ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر رض وابن مسعود رض وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان قال وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف

الكافر باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطاء ولا قصاص بين الرجل والمرأة
فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي في جميع ذلك
الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعا لها ولنا
ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة
وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه
لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت
فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش قال
ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرا منها فلا قصاص عليه
لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء
نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد
القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة
ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كاملا متعذر فله ان
يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس
بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالرديء
مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء
له عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته
بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى
به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين
قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار
شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة
لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج
زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص
فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كاملا
للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تاخذ من جبهته
الى قفاه ولا تبلغ الى قفاء الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف ولا قصاص
في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار
المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان تقطع

الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة
او بعض الذكر فلا قصاص عليه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا
قطع كلها او بعضها لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة
والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف
ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها

فصل

واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل
على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه
شيء الآية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عم من قتل له قتيل الحديث والمراد
والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة
يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل
فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى
اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب
بالعقد والاصل في امثاله الحلول كالمهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد
وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما
على الف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح اضيف
اليهما واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق
الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع
الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة
وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة
اشيم الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل
وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت
لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا
الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل واحد منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط
عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين
فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب
هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما
واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل
وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال

في ثلث سنين وقال في نوح في سنتين فيما اذا كان بين شريكين يعني احدهما
لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا ان هذا بعض
بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذا بعضه والواجب في العبد كل بدل الطرف وهو
في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد ق واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص
من جميعهم لقول عمر رض فيه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق
التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا
قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل بجماعتهم ولا شيء لهم غيره فان
حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي رح يقتل
للاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف قتله الاول قتل لهم وقسمت الديات
بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد قتلات
والذي يتحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا
انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل واصله
الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد جرح
صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع
التنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به ق ومن وجب عليه القصاص
اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد الجاني
ويتأتى فيه خلاف الشافعي رح اذ الواجب احدهما عنده ق واذا قطع رجلان
يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رح
تقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار
بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او نجمع بينهما بجامع الزجر ولنا
ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتماديهما والمحل
متجزئ فيضاف الى كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الازهاق لا يتجزى
ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من
المفصل في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال وعليهما
نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها ق وان قطع واحد يميني
رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه
نصفين سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي رح في التعاقب يقطع

بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق
فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين فترجح
بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين
في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء
اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل
وصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب تستحق رقبته لهما فان حضر
واحد منهما وقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي
لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين
حق الآخر في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا ق واذا اقر العبد بقتل العمد
لزمه القود وقال زفر رح لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال
فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد
مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يجوز اقرار المولى عليه
بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به ومن رمى
رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني
على عاقلته لان الاول عمد والثاني احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب
آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر فصل ق ومن قطع يد رجل خطأ ثم
قتله عمدا قبل ان تبرأ يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ
فبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ
بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما
للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة
بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر
الجمع في هذه الفصول الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل
البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كان خطأين
يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفى بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا
ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء
قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يقتل ولا يقطع يده لان الجمع
ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما ولنا ان الجمع متعذر اما

للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة في
الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر ولان
الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدرا من شخصين يجب القود
على الحاز قصاصا كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد
وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار
المساواة ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز
القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان
اما القتل والقطع قصاصا فيجتمعان قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرئ
من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برئ منها لا تبقى
معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة
وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رح وعن ابي
يوسف في مثله حكومة عدل وعن محمد رح انه تجب اجرة الطبيب وثمن الادوية
وان ضربه مائة سوط وجرحته وبقي لها اثر تجب حكومة العدل لبقاء الاثر
والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال ومن قطع يد رجل فعفا المقطوع
يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن
القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ
فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة وقالا
اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف اذا عفا
عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن
موجبه وموجبه القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا
عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر
فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه
يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق
وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن
القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن
نوجب ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب
للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي

دارئة للقود ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية
صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا
فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو
عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل
ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا
وخلافا اذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان
عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة
لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال
وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال واذا قطعت المرأة يد رجل
فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ
وان كان عمدا ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رح لان العفو عن اليد اذا لم
يكن عفوا عما يحدث عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث
منه ثم القطع ان كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس
بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية
في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على ما بيناه
لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس
ولم يتناوله العفو عن القصاص فتجب الدية في مالها لانه عمد والقياس ان يجب
القصاص على ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة اذا كانا
على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل ترده
الورثة عليها وان كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا
سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما
اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة
في الخطأ والمهر لها قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات
من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح
مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء
عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا
كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان

خطأ او يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان هذا تزوج
على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض
مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على
مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن
المحال ان ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم
من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان
لم تخرج من الثلث يسقط ثلثه وفي الاكثر كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد
لان العفو عن اليد عفو عما يحدث عنه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين
قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه
بالسراية تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء
القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود اذا استوفى طرف من عليه القود
وعن ابي يوسف رح انه يسقط حقه في القصاص لانه لما اقدم على القطع فقد
ابراه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد
السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال ومن قتل
وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع
اليد دية اليد عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حق نفسه فلا يضمنه
وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائه ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا
اذا سرى وما برئ او ما عفا وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او
بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن
الاصابع وله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة
وكان القياس ان يجب القصاص الا انه يسقط للشبهة فان له ان يتلفه
تبعا واذا سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا
بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر
الا عند الاستيفاء او العفو او الاعتياض لما انه تصرف فيه وما قبل ذلك لم يظهر
لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء وبخلاف ما اذا لم يعف وما سرى
قلنا انما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرئ فالصحيح
انه على هذا الخلاف وفي الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف

بالكف فالكف تابعة لما عرفنا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه قال
ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن
دية النفس عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع
ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن
السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد
وله انه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما
كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى
القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به
من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها
والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام
ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر
البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رح وقالا
لا يعيد وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على
الآخر لهما في الخلافية ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه
عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب
مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد
الورثة خصما عن الباقين كما قلنا في الدين وله ان القصاص طريقه الخلافة
دون الوراثة الا يرى ان ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله
بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة وتعقل بها
صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم
خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان اقام القاتل البينة
ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر
سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو من الغائب
فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد
الرجلين غائب فهو على هذا لما بيناه قال واذا كان الاولياء ثلثة فشهد
اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما

يجران بشهادتهما الى نفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو يكره فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا وهذا لانهما لما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقد قبل فادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه وهو الاخ لاقراره له بذلك في ضمن يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس ان لا يلزمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما العفو على الشاهد وانقلب نصيبه مالا والذي ثبت صدق الشاهدين في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما اقر به القاتل له فيجوز اقراره بذلك بمنزلة ما لو اقر رجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان كذا هذا قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بينا والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتأويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلدان او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يتكرر والقتل في زمان او في مكان غير القتل في زمان او في مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري بأي شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال وان كانا

شهدا انه قتله وقالا لا ندري بأي شيء قتله فعليه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه او لو اكذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك ويجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا تلزم العاقلة قال واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما جميعا وان شهدوا على رجل انه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة تناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له والمشهود له غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حالة التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان قتلا فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا ثم اسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رح لان العتق قاطع

للتراخي وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمى
إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي فيجب ذلك وعلمنا أنه يصير قاتلا من وقت الرمي لأنه
فعل الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لأنه إتلاف
بعض المحل وأنه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد
فيصير النهاية مخالفة للبداية أما الرمي قبل الإصابة ليس بإتلاف شيء منه لأنه
لا أثر له في المحل وإنما قلت الرغبات فيه فلا يجب به الضمان فلا تتخالف النهاية
والبداية فيجب قيمته للمولى وزفر رح وإن كان يخالف وجوب القيمة نظرا
إلى حالة الإصابة فالحجة عليه ما حققناه قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم
رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شيء على الرامي لأن المعتبر حالة الرمي وهو
مباح فيها وإذا رمى المجوسي صيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وإن
رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل لأن المعتبر حالة الرمي في حق الحل
والحرمة إذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الأهلية وانسلابها عنده وإن رمى
المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وإن رمى حلال
صيدا ثم أحرم فلا شيء عليه لأن الضمان إنما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة
الإحرام وفي الأول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا والله أعلم

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على
القاتل وقد بيناه في أول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى
فتحرير رقبة مؤمنة الآية فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص
ولا يجزئ فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولأنه جعل
المذكور كل الواجب بحرف الفاء أو لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزيه رضيع أحد
أبويه مسلم لأنه مسلم به والظاهر سلامة أطرافه ولا يجزي ما في البطن لأنه لم تعرف
حياته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطأ على ما تلوناه وديته عند أبي حنيفة
وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون
بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي رح
ثلثون جذعة وثلثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها
لقوله عليه السلام ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من
الإبل أربعون منها في بطونها أولادها وعن عمر وزيد رض ثلثون حقة وثلثون
جذعة وأربعون ثنية

وثلثون جذعة ولأن دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه
في نفس المؤمن مائة من الإبل وما رويناه غير ثابت لاختلاف الصحابة رض
في صفة التغليظ فإن ابن مسعود رض قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع
فيعارضه قال ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل خاصة لأن التوقيف فيه فإن قضى
بالدية في غير الإبل لم تتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة
والكفارة على القاتل لما بينا من قبل قال والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماس عشرون
بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون
جذعة وهذا قول ابن مسعود رض وإنما أخذنا نحن وهو لرواية أن النبي عليه السلام
قضى في قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال ولأن ما قلناه أخف فكان أليق
بحال الخاطئ لأن الخاطئ معذور وعند الشافعي رح يقضي بعشرين ابن لبون
مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة
آلاف درهم وقال الشافعي رح من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رض أن
النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ما روى عن عمر رض أن النبي عليه السلام قضى بالدية
في قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روى أنه قضى من دراهم كان وزنها
وزن ستة وقد كانت كذلك قال ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة
عند أبي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن
الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لأن عمر رض هكذا جعل على أهل كل مال منها وله
أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الأشياء مجهولة المالية
ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة عدمناها
في غيرها وذكر في المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة
لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما
قال ودية المرأة في النفس والأطراف على النصف من دية الرجل وقد ورد
بهذا اللفظ موقوفا على علي رض ومرفوعا إلى النبي عليه السلام وقال الشافعي رح
ما دون الثلث لا يتنصف وإمامه فيه زيد بن ثابت رض والحجة عليه ما رويناه
بعمومه ولأن حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل وقد ظهر أثر النقصان
بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما دونه
قال ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي رح دية اليهودي والنصراني

اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك دية اليهودي
والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عم عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل
عنده اثنا عشر الفا وللشافعي ما روي ان النبي عليه السلام جعل دية اليهودي
والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عم
دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رض وما رواه
الشافعي لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه
مالك فانه ظهر به عمل الصحابة رض

فصل فيما دون النفس

في النفس الدية
وقد ذكرناه قال وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل
فيه ما روى سعيد بن المسيب ان النبي عم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية
وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه لعمرو بن حزم
والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا
في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف
من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله عليه السلام بالدية كلها في اللسان
والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال
على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية
واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق
وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت
الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف وقيل على
عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها
تجب حكومة العدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب
كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه تفوت به
منفعة الوطي والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي
هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة
الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال وفي العقل الدية اذا ذهب بالضرب
لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب
سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي
ان عمر رض قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام و

والشم والبصر قال وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة
الجمال قال وفي شعر الرأس الدية لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي تجب فيهما
حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية
بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد
نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقه تفويته على الكمال
فتجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال الا يرى ان من
عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به
الجمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة انه يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر
ان المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب
حكومة عدل هو الاصح لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج
ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه
ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الذقن والخد جميعا لكنه غير متصل
ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس
بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى
كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان
نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة رح انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي
العبد يجب حكومة العدل لانه ينتقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل في الحر
ايضا لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي الخطاء والعمد على هذا
الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي
تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه وفي اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين
الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين
الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب عن النبي عليه قال وفي كل واحد
من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتب النبي عم لعمرو بن حزم وفي العينين
الدية وفي احديهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء
تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احديهما تفويت
النصف فيجب نصف الدية قال وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة
وفي احديهما نصف دية المرأة لما بينا بخلاف ثديي الرجل حيث تجب حكومة

عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال وفي حلمتي المراة الدية كاملة
لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احديهما نصفها لما بينا
قال وفي اشفار العينين الدية وفي احديها ربع الدية قال شيخ الاسلام رحمه الله
يحتمل ان يكون مراده الاهداب مجازا كما قال محمد رح في الاصل للمجاورة
كالراوية للقربة وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال
وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو يندفع
بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان في احدها
ربع الدية وفي ثلث منها ثلثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر
والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء
واحد وصار كالمارن مع القصبة وكالكف مع الاصابع قال وفي كل اصبع
من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من
الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر
فينقسم الدية عليها قال والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء
في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع
الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشي فتجب الدية كاملة ثم فيهما عشر
اصابع فينقسم الدية عليها اعشارا قال وفي كل اصبع فيها ثلثة مفاصل
ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع
وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام
في حديث ابي موسى رض في كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء
لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان
كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا
كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات قال ومن ضرب
عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب
ضوؤها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب
صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدبه
لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة لا شيء
عليه لزوالها لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي
التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر
الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة
وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق
وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس والموضحة
وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تهشم العظم اي تكسره والمنقلة
وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والامة وهي التي تصل الى ام الرأس
وهي التي فيها الدماغ قال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام
قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان
فيتحقق القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار
المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم
ولا قصاص فيه وهذا رواية عن ابي حنيفة رح وقال محمد رح في الاصل وهو
ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه
اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ
حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص
قال وفيما دون الموضحة حكومة عدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن
اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز
قال وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية
وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الامة ثلث الدية وفي الجائفة
ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب
عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر
وفي المنقلة خمسة عشر وفي الامة ويروى المامومة ثلث الدية وقال عليه السلام
في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر الصديق رض انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب
الاخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احديهما من
جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا
وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة
وقال هي التي تتلاحم فيها الدم وتسود وما ذكرناه بدءا مروي عن ابي يوسف
وهذا اختلاف عبارة لا تعود الى معنى وحكم لان ما قبل الموضحة لا ارش

فيه وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما
لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة
ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس
يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما
نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة عدل لان التقدير
بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه ورد الحكم فيهما لمعنى الشين
الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منهما في الغالب وهو
العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول
مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه
مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه
لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا
الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس او جوف البطن وتفسير حكومة العدل
على ما قاله الطحاوي ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه الاثر
ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة تجب
نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي رح ينظر كم مقدار
هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص
فيه يرد الى المنصوص عليه **فصل** وفي اصابع اليد نصف الدية لان في
كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع
الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع
الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عم وفي احديهما نصف الدية ولان الكف
تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع
والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف رح
وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان
الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى
المنكب فلا تزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش تعلق
بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين
ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى

الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع **قال** وان قطع الكف من المفصل
وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كانت اصبعين فالخمس ولا شيء في الكف
وهذا عند ابي حنيفة وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر
ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد
ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد منهما اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله
ان الاصابع اصل والكف تبع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب
الشرع في اصبع واحد عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من
الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلثة اصابع يجب ارش الاصابع
ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في حق التقوم وللاكثر حكم الكل
فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها **قال** وفي الاصبع الزائدة
حكومة عدل تشريفا للآدمي لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة
وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعرف
صحته حكومة عدل وقال الشافعي رح تجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة
فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة
فاذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام
بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود منهما هو الجمال وقد فوته
على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت
ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على
النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطاء **قال** ومن شج رجلا
فذهب عقله او شعر رأسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل
منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات
جزء من المنفعة حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب
واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رح
لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات
وجوابه ما ذكرناه **قال** وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة
مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وعن ابي يوسف رح ان الشجة
تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منها

جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الأعضاء المختلفة بخلاف العقل لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء على ما بينا وطال أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهب عيناه فلا قصاص في ذلك عند أبي حنيفة رح قالوا وينبغي أن تجب الدية في العينين قال وإذا قطع أصبع رجل من المفصل الأعلى فشل ما بقي من الأصبع أو اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي أن تجب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر سن رجل فاسود ما بقي منه لم يجب خلافا وينبغي أن تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس أو اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لأن الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما إذا شجه منقلة فقال أشج موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافية أن الفعل وقع في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في إحديهما لا تتعدى إلى الأخرى كمن رمى إلى رجل عمدا فأصابه ونفذ السهم إلى غيره فقتله يجب القود في الأول والدية في الثاني ولهما أن الجراحة الأولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسع الساعي فيجب المال ولأن الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر وأورثت نهاية شبهة الخطأ وفي البداية يجعل النفسين لأن أحدهما ليست من سراية صاحبها بخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع لأنه ليس فعلا مقصودا قال وإن قطع أصبعا فشلت إلى جنبها أخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن رحمهم الله يقتص من الأولى وفي الثانية أرشها والوجهين من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد رح في المسئلة الأولى وهي إذا شج موضحة فذهب بصره فإنه يجب القصاص فيهما لأن الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الأخيرة لأن الشلل لا قصاص فيه فصار الأصل عند محمد رح على هذه الرواية أن سرايته ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص كما لو آلت إلى النفس وقد وقع الأول ظلما ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبيب ألا ترى أن الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب بخلاف السراية إلى

إلى النفس لأنه لا تبقى الأولى فانقلبت الثانية مباشرة قال ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص إلا على رواية ابن سماعة ولو أوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين لما تبين قال ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش في قول أبي حنيفة رح وقالا عليه الأرش كاملا لأن الجناية قد تحققت والحادثة نعمة مبتدأة من الله تعالى وله أن الجناية انعدمت معنى فصار كما إذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الأرش بالإجماع لأنه لم تفت عليه منفعة ولا زينة وعن أبي يوسف أنه تجب حكومة عدل لمكان الألم الحاصل قال ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الأرش بكماله لأن هذا مما لا يعتد به إذ العروق لا تعود وكذا إذا قطع أذنه فألصقها فالتحمت لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه قال ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوع سنه سن النازع فنبتت سن الأول فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم لأنه تبين أنه استوفى بغير حق لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالإجماع وكان ينبغي أن ينتظر اليأس في ذلك للقصاص إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لأنه ينبت فيه ظاهرا فإذا مضى الحول ولم ينبت قضينا بالقصاص وإذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق إلا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال قال ولو ضرب إنسان سنه فتحركت يستأنى حولا ليظهر أثر فعله فلو أجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما إذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لأن الموضحة لا تورث المنقلة أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا وإن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذي وقته القاضي لظهور الأثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شيء على الضارب وعن أبي يوسف رح أنه تجب حكومة الألم وسنبين الوجهين بعد هذا إن شاء الله تعالى ولو لم يسقط ولكنها اسودت يجب الأرش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربا تسود منه وكذا إذا كسر بعضه واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر أو اخضر قال ومن شج رجلا فالتحمت

ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة رح لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف رح يجب عليه ارش الالم وهو حكومة العدل لان الشين الموجب ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد رح عليه اجرة الطبيب لانه انما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رح يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او بشبهة ولم يوجد في حق الجاني فلم يغرم شيئا ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رح يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح تجب حالة لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفس حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى الزيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا

فلا يظهر في حق العاقلة وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رح عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رض انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين

واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة والغرة نصف عشر الدية قال رض معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحيوته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي ان النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي رح وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك رح في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه النبي عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي رح في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رح انه قال بلغنا ان رسول الله عليه السلام جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل او اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب عليه

في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما رويناه ولان في
الجنين انما يظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في
الجنين فيتقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة فان القته حيا ثم مات ففيه
الدية الكاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق وان القته ميتا ثم ماتت
الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح ان النبي عليه السلام قضى في
هذا بالدية والغرة وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا
ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت الام
ثم القته ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي رح تجب
الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي
حية ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها
فلا يجب الضمان بالشك قال وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه
فترثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا
فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث
للقاتل قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر
قيمته لو كان انثى وقال الشافعي رح فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان
الاجزاء يؤخذ مقداره من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب
الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في حق ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر
بها وقال ابو يوسف رح يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين
البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر فيصح
الاعتبار على اصله قال فان ضربت فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم
مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق
وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه
صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما
وقال محمد رح تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان
الاعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك من بعد ان شاء الله تعالى قال ولا كفارة
في الجنين وعند الشافعي رح تجب الكفارة لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا
ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا

فلا يتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب
محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين
الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام
لاطلاق ما رويناه ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس
وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم
فكان نفسا

باب ما يحدث الرجل في الطريق

ومن اخرج الى الطريق الاعظم
كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه
لان كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما
في الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا
في حق المشترك قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان
له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه به اذ المانع متعنت فاذا اضر
بالمسلمين كره له ذلك لقوله عم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال وليس لاحد من
اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها
مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم
او لم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر
الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كانه هو المالك وحده كيلا يتعطل
عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن
فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا
او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه مسبب لتلفه متعد
بشغل هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا اذا سقط
شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به
دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه
يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصابه ما كان منه في
الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه وان
اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه
ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث
لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف

وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه
يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع
الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة
وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان
فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا
فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع اخر ثم احرق شيئا
لا يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه
بعاقبته وقد افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استأجر رب الدار الفعلة
لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان
عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا
لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده
فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على
رب الدار استحسانا لانه صح الاستئجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم
عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا
صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه
متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة
وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها
لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا
بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا
يزلق به لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش
لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور
لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك
لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور
وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذه جميعه او بعضه
ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الامر استحسانا
واذا استأجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه
فمات يجب الضمان على الامر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط

وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر ومن حفر بئرا في
طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت
بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل
النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين
في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب
بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه
انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به انسان
كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب
به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله
وانما اشتغل بفعل الثاني موضع اخر وفي الجامع الصغير في البالوعة
يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن
لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق العامة وان كان
بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على راي الامام
او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل
في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا اذا حفره في ملكه
لا يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفره في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره
والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق الحفر فيه
لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كان في سكة غير
نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق ومات
الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة رح لانه مات لمعنى
في نفسه فالضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف رح ان مات جوعا
فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع
لا يختص بالبئر وقال محمد رح هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب
الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه وان استأجر اجراء فحفروها
له في غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير
فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا
مغرورين فصار كما اذا امر اخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة

لغيره الا ان ههنا يضمن المأمور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر
والآمر مسبب والترجيح للمباشر فيضمن المأمور ويرجع للغرور وههنا يجب
الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد
والمستأجر متعد فترجح جانبه وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه
لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم
هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه انسان فالضمان على الاجراء
قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان على المستأجر
لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين
والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا
نظرا الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال ومن جعل قنطرة بغير اذن
الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة
وكذلك اذا وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول تعد
هو تسبيب والثاني تعد هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشرة اولى ولانه
تخلل فعل فاعل مختار فيقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي قال ومن حمل شيئا
في الطريق فسقط على انسان فعطب فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر
بانسان وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ
يشمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد
بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرنا
فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لان
الحاجة لا تدعو الى لبسه قال واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا
او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك
من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الوجهين
لان هذه من القرب وكل احد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة
كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة رح وهو الفرق ان التدبير
فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح
بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا
غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة

السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا
تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من اهله قال
وان جلس فيه رجل منهم فعطب به انسان لم يضمن ان كان في الصلوة وان كان
في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان
جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة
او نام في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف
واما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما
ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا
بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة ولان المنتظر
للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان
المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت
فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط
السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة
كالرمي الى الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ
غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة
فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة
بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي
فيه وحده

فصل في الحائط المائل

واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب
صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط
ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا
مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء
ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق
فقد اشتغل هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب
بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره
يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب حتى يضمن اذا هلك في
يده كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا
لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذارا على انفسهم

فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب فكم تعلق بالحائط يتعين
لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من
النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطاء فيستحق
فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استيصاله والاجحاف به وما تلف
به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل
المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد
ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول
الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حايطه هذا ولا يصح
الاشهاد قبل ان يهي الحايط لانعدام التعدي ولو بنى الحايط مايلا في
الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعد
ابتداء كما في اشراع الجناح وتقبل شهادة رجلين او رجل وامراتين على التقدم
لان هذه ليست شهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه
لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه
مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد
منهم رجلا كان او امراة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان
وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد به كل صاحب حق وان مال الى
دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان
فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة
ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابراه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك
جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحايط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق
فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس
اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ
من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع
الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرا على ما ذكرنا ولا
ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن
لتركه التفريغ مع تمكنه بعدما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن
من نقض الحايط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمستاجر

كالمستاجر والمرتهن والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته
على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه في حايط الصبي
لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله
والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان
ولاية النقض لهم ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان
كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال
اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان
كان لا يتمكن من نقض الحايط وحده لتمكنه من اصلاح حصته بطريقه وهو
المرافعة الى القاضي ولو سقط الحايط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر
بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب
بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحايط اشهاد
على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على
الحايط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره
لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها واذا كان الحايط بين خمسة رجال
اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته
وان كانت دار بين ثلثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا او بنى حايطا
فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة وقالا عليه
نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه
معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين
كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة
واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو
القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة
الواحدة ثم تقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف
بنفسها صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم
الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

الراكب ضامن لما وطئت الدابة وما
اصابت بيدها او رجلها او راسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن
ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد

بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا
بين كل الناس فقلنا بالإباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم
إنما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز
عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الإيطاء
وما يضاهيه ممكن فإنه ليس من ضرورات السير فقيدناه بشرط السلامة عنه
والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد
به فإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضا لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف وإن
لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال
وإن أصابت بيدها أو برجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا
صغيرا ففقأ عين إنسان أو أفسد ثوبه لم يضمن وإن كان حجرا كبيرا ضمن
لأنه في الوجه الأول لا يمكن التحرز عنه إذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني
ممكن لأنه ينفك عن السير عادة وإنما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا
كالراكب لأن المعنى لا يختلف قال فإن راثت أو بالت في الطريق وهي تسير فعطب
به إنسان لم يضمن لأنه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا إذا
أوقفها لذلك لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف وإن أوقفها
لغير ذلك فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن لأنه متعد في هذا الإيقاف
لأنه ليس من ضرورات السير ثم هو أكثر ضررا بالمارة من السير لما أنه أدوم
منه فلا يلحق به قال والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها والقائد ضامن
لما أصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري
في مختصره وإليه مال بعض المشايخ ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق
فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه الاحتراز عنه وقال
أكثر المشايخ إن السائق لا يضمن النفحة أيضا وإن كان يراها إذ ليس على
رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لإمكانه كبحها بلجامها
وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الأصح وقال الشافعي يضمنون النفحة كلهم لأن
فعلها مضاف إليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار معناه النفحة
بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب قال
وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لأنهما

مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية
فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب إلا أن على الراكب الكفارة
فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما
وراء الإيطاء لأن الراكب مباشر فيه لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له
لأن سير الدابة مضاف إليه وهي آلة له وهما مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل
شيء وكذا الراكب في غير الإيطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا
يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق
والقائد لأنه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت
الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى
وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان قال وإذا اصطدم فارسان فماتا
فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه ولأن كل
واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر
نصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما
نفسه وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق فانهار عليهما يجب على كل
واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا أن الموت مضاف إلى فعل صاحبه لأن
فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للإضافة في حق الضمان
كالماشي إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإن
كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على
غيره وروي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت
روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح
الفرق وهذا الذي ذكرناه إذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين
يهدر الدم في الخطأ لأن الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت
لا إلى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لأن كل واحد منهما
هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ
تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر لأنه بدل العبد
ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لأن على قول أبي حنيفة ومحمد
تجب القيمة على العاقلة لأنه ضمان الآدمي وقد أخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه

وديّة الحرّ المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد تجب على عاقلة الحرّ
نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه
ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته إلا قدر
ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة ۞ قال ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل
فقتله ضمن وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لأنه
متعدٍّ في هذا التسبيب لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الإحكام
فيه بخلاف الرداء لأنه لا يشد في العادة ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما
في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة ۞ قال
ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ فإن وطئ بعير إنسانا ضمن به الدية
على العاقلة لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك فقد
صار متعديا بالتقصير فيه والتقصير بوصف التعدي سبب الضمان إلا
أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وإن كان معه سائق
فالضمان عليهما لأن قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال
الأزمة وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل أما إذا توسطها وأخذ
بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه
لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق
ما يكون قدامه ۞ قال فإن ربط رجل بعيرا إلى القطار والقائد لا يعلم فوطئ
المربوط إنسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لأنه يمكنه صيانة القطار
عن ربط غيره فإذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على
العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه هو
الذي أوقعهم في هذه العهدة وإنما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل
منهما متسبب لأن الربط من القائد بمنزلة التسبيب من المباشرة
لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا إذا ربط والقطار
تسير لأنه آمر بالقود دلالة فإذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون
قرار الضمان على الرابط أما إذا ربط والإبل قيام ثم قادها ضمنها القائد
لأنه قاد بعير غيره بغير إذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه
۞ قال ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقا فأصابت في فورها يضمن لأن

الفعل انتقل إليه بواسطة السوق ۞ قال ولو أرسل طيرا وساقه
فأصاب في فوره لم يضمن والفرق أن بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر
سوقه وبدن الطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة
وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمنه ولو أرسله إلى صيد ولم يكن
له سائقا فأخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها
ولا تصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيره هذا هو الحقيقة
إلا أن الحاجة مست في الاصطياد فأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد
مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن أبي يوسف
أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطا لأموال الناس رضي الله عنه وذكر
في المبسوط إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فأصاب في فورها فالمرسل
ضامن لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت
يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا
إذا وقفت ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت
فأخذ الصيد لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لأنه لتمكنه من الصيد
وهذه تنافي مقصود المرسل فينقطع حكم الإرسال وبخلاف ما إذا أرسله
إلى صيد فأصاب نفسا أو مالا في فوره لا يضمنه من أرسله وفي الإرسال
في الطريق يضمنه لأن شغل الطريق تعدٍّ فيضمن ما تولد منه أما الإرسال
للاصطياد فمباح ولا تسبيب إلا بوصف التعدي ۞ قال ولو أرسل بهيمة
فأفسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وإن مالت يمينا وشمالا وله طريق آخر
لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فأصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا
لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار وقال محمد هي المنفلتة
ولأن الفعل غير مضاف إليه لعدم ما يوجب النسبة إليه من الإرسال وأخواته
۞ قال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لأن المقصود هو اللحم فلا
يعتبر إلا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار
والبغل والفرس وقال الشافعي فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي
أن عمر رضي الله عنه قضى في عين الدابة بربع القيمة وكذا قضى عمر رضي الله عنه ولأن فيها مقاصد
سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي

وقد تمسك للاكل من هذا بشبه المأكول فعملنا بالشبهين بشبه الآكل في ايجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عينيها وعيني المستعمل فكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع بفوات احداها ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فيصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله من حيث السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعله بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يامره بالايطاء والنخس

ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الآمر لانه امره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما مؤاخذان بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه

واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي رح جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان يتباعد عن الجاني تحرزا عن استئصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال فان دفعه ملكه

ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع
فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء
فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي
فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره
وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين
الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد
له فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على
ما بيناه وان مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد
الى ذمة المولى فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الاولى معناه
بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم يكن وهذا ابتداء
جناية فان جنى جنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه
بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية به
كالديون المتلاحقة الا يرى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق
المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش
جنايتهما وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم
وان فداه فداه بجميع اروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر
يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم
الشجات وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه
من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة
بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع
الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهو الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول
ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها فان اعتقه المولى
وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم
بالجناية وجب عليه الارش لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما
ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار
مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى
هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع

يمنع الدفع لزوال الملك بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به
حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز
ان الامر كما قاله المقر والحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه
المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما
دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري
لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على
البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان
الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير
بنفسه مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار للفداء بخلاف ما اذا وهبه
منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق
المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور مضاف
اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا
منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج
لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص
من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به
خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن
في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة
الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى
فيلزم المولى قيمته ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته
فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر لا يصير مختارا للفداء
لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير
به مختارا الا ترى انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق
ولا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا
هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط
كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته ان دخلت
الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا
قال لها اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك

المرض يصير فاراً لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض بخلاف ما أورد
لأن غرضه طلاق أو عتاق يمكنه الامتناع عنه إذ اليمين للمنع فلا يدخل
تحت ما لا يمكنه الامتناع عنه ولأنه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى
الدواعي إليه والظاهر أنه يفعله فهذا دلالة الاختيار **باب** وإذا قطع العبد
يد رجل عمداً فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من اليد فالعبد
صلح بالجناية وإن كان لم يعتقه رده على المولى وقيل للأولياء اقتلوه أو
اعفوا عنه ووجه ذلك فهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع
باطلاً لأن الصلح كان عن المال لأن أطراف العبيد لا يجري القصاص بينها
وبين أطراف الحر فإذا سرى تبين أن المال غير واجب وإنما الواجب
هو القود فكان الصلح واقعاً بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة
كما إذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص
بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح
لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح
إلا وأن يجعل صلحاً عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي
المولى به يصح وقد رضي المولى لأنه لما رضي بكون العبد عوضاً عن القليل
يكون أرضى بكونه عوضاً عن الكثير فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الإعتاق
ابتداءً وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداءً والصلح الأول وقع باطلاً فيرد
العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ
رجل قطع يد رجل عمداً فصالح القاطع المقطوع يده على عبد ودفعه إليه
فأعتقه ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية
وهذا الوضع يرد إشكالاً فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث
لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب فيما ذكر ههنا جواب القياس فيكون
الوضعان جميعاً على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه أن
العفو عن اليد صح ظاهراً لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو
ظاهراً فبعد ذلك وإن بطل حكماً يبقى موجوداً حقيقة فكفى لمنع وجوب
القصاص أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على
مال فإذا لم يبطل الجناية لم يمتنع العقوبة ههنا إذا لم يعتقه أما إذا أعتقه فا

فالتخريج على ما ذكرناه من قبل **باب** وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف
درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة
لأولياء الجناية لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة
على الانفراد الدفع للأولياء والبيع للغرماء فكذلك عند الاجتماع ويمكن الجمع
بين الحقين إيفاءً من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع
للغرماء فيضمنهما بالإتلاف بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة
للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك
فلا يظهر في مقابلته الحق لأنه دونه وههنا يجب لكل واحد منهما بإتلاف الحق
فلا ترجيح فيظهر أن فيضمنهما **باب** وإذا استدانت الأمة المأذونة لها ثم ولدت
فإنه يباع الولد معها في الدين وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق
أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاءً
فيسري إلى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لأن وجوب الدفع في ذمة
المولى لا في ذمتها وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية
في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية **باب** وإذا كان العبد لرجل زعم رجل
أن مولاه أعتقه فقتل العبد ولياً لذلك الرجل خطأ فلا شيء له لأنه لما زعم
أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لا
يصدق على العاقلة من غير حجة **باب** وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ
وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان
لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان إذ الكلام فيما إذا عرف رقه
والوجوب في جناية العبد على المولى دفعاً أو فداءً وصار كما إذا قال البالغ
العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي أو بعت داري وأنا صبي أو قال طلقت
امرأتي وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفاً كان القول قوله لما ذكرنا **قال**
ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت قطعتها وأنا
حرة فالقول قولها وكذلك كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحساناً وهذا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يضمن إلا شيئاً بعينه يؤمر برده إليها
لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة
الأولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم أقر بيده حيث اعترف بالأخذ

منه ثم ادعى التملك عليه وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليه
ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه فلا يكون القول قوله كما اذا قال
لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له
لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فالقول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده
الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا
يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطي والغلة لان وطي
المولى الامة المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة
لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان

قال واذا امر العبد المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية
لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاؤه سواء على ما بيناه من قبل ولا شيء
على الآمر وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان
المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي
على الصبي الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق لان عدم الاعتبار
لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية

قال وكذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا
محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الآمر
في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير
مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطاء وكذا اذا كان عمدا
والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطاء اما اذا كان كبيرا يجب القصاص
لجريانه بين الحر والعبد

قال واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما
وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين
او يفديه بعشرة آلاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص
وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة
او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف

فان كان قتل احدهما عمدا والآخر خطاء فعفا احد وليي العمد فان فداه
المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة
آلاف لوليي الخطاء لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي الخطاء في كل الدية

الدية عشرة آلاف وحق احد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف فلا تضايق
في الفداء فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لوليي الخطاء
وثلثه لوليي غير العافي من وليي العمد عند ابي حنيفة رح وقالا يدفعه ارباعا
ثلثة ارباعه لوليي الخطاء وربعه لوليي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة
فيسلم النصف لوليي الخطاء بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف
الآخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة
اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب
هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسئلة نظائر واضداد ذكرناها في
الزيادات

قال واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اي قريبا لهما فعفا
احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى
الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قول محمد مع ابي حنيفة رح وذكر في
الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا احد الابنين بطل الكل عند ابي حنيفة
ومحمد رحهما وعند ابي يوسف رح الجواب فيه كالجواب في مسئلة الكتاب ولم يذكر
اختلاف الرواية لابي يوسف رح في المسئلتين له ان حق القصاص ثبت في العبد
على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا
احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع في الكل فيكون
نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة
ان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف
النصف وهو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك او افده بربع القيمة
ولهما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه
وتنفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب
على عبده دينا فلا يخلفه الورثة فيه

فصل ومن قتل عبدا خطاء فعليه
قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم او
اكثر قضي له بعشرة آلاف درهم الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية
قضي بخمسة آلاف درهم الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف
وان تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الف
درهم تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع ولهما ان الضمان بدل المالية

ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد من حيث الآدمية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد رح قوله تع ودية مسلمة اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذا الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سماع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة الاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن مسعود رض وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة الاف الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه حتى يجب في موضحة العبد نصف عشر القيمة لانه يجب في الحر نصف عشر الدية وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كانت له ورثة من غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه من ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول للاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه ويتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل واحد منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رح في الخلافية وهي ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما

فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب هنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضي منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه فعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد رح يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الفصل الثاني قال ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت

فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول
ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها
في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه
بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة
دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى
المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع
احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة وقال
ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه
كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك
دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان
ولهما ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة في الذات
والاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع
او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان يباع رقبته
فيها ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام
الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وام الولد

واذا جنى المدبر او ام الولد جناية ضمن المولى
الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة الجراح رضي الله عنه انه قضى
بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا تسليمه في الجناية بالتدبير او
الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو
لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر
من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر
لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات
صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان
توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع
القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها ويعتبر
قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال وان جنى
جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الجناية الاولى بقضاء فلا شيء عليه

عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي
بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة وقالا
لا شيء على المولى لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق
الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولابي حنيفة ان المولى جان بدفع حق
ولي الجناية الثانية طوعا وولي الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا
لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى ومتأخرة
حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة
في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين واذا
اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان
انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد
بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير
واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه بها شيء عتق او لم يعتق لان
موجب جناية الخطأ على سيده واقراره بها لا ينفذ على السيد

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

ومن قطع يد عبده ثم غصبه
رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده في
يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب قاطع
للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع
ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار
المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ
الغاصب عن الضمان قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في
يده فهو ضامن لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده
جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان
لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا
للفداء فيصير مبطلا حق وليي الجنايتين اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة
فلا يزاد على قيمتها ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب
قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لانه استحق نصف البدل بسبب كان
في يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال ويدفعه

الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رح وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على
الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفع اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل
والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في
جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة
الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه ليتم حقه واذا
اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان
في يد الغاصب قال وان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى
فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا
في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت
هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا
بالاجماع بخلاف الفصل الاول عند محمد رح ثم وضع المسئلة في العبد فقال ومن غصب عبدا
فجنى في يده ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى وليي الجنايتين ثم يرجع
على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى
عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه
الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا ان
في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الفصل الاول يدفع القيمة قال ومن غصب
مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية اخرى
فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فتجب عليه
قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب
فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لانه عند وجود الجناية
عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد ويرجع به على الغاصب
لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا
الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل
ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق
لمحمد رح ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان

لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق
اما في هذه المسئلة فيمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد
الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجاة او بحمى
فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا
استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رح لان
الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر
يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب
ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة او الى
مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا يكون في كل مكان فاذا
نقله اليه فهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة
ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجاة او
بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى
والامراض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال
واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي رح يضمن في الوجهين
جميعا وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال
عند ابي حنيفة ومحمد رح ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي يؤاخذ
في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد رح
في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي
ابن اثني عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط
غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب
عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي
المودع ولابي حنيفة ومحمد رح انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما
اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على
نفسه حيث وضع المال في يد مانعه فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام
نفسه في الحفظ ولا اقامة ههنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه
بخلاف البالغ والماذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت

الوديعة عبداً لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وتجب
ما اذا اتلف غير العبد في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي
الذي وقع في يده المال دون غيره قال وان استهلك لا ضمن يريد به من غير
ايداع لان الصبي مؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد

باب القسامة

قال واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون
رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه وما علمنا له قاتلا وقال الشافعي
اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية
على المدعى عليه عمداً كانت الدعوى او خطأ وقال مالك يقضى بالقود اذا كانت
الدعوى في العمد وهو احد قولي الشافعي رح واللوث عندهما ان يكون هناك
علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شاهد
عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهداً
له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي فان حلفوا
لا دية عليهم للشافعي في البداءة بيمين الولي قوله عم للاولياء فيقسم منكم
خمسون انهم قتلوه ولان اليمين يجب على من يشهد له الظاهر ولهذا يجب على
صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي
اصل له كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها
والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عم البينة على المدعي واليمين على
المدعى عليه وروى ابن المسيب ان النبي عم بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية
عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق
وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا
يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين
الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او
يختار صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر
القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين
الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدوداً
في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة قال واذا حلفوا قضى على اهل المحلة بالدية
ولا يستحلف الولي وقال الشافعي رح لا تجب الدية لقوله عم في حديث عبد الله

ابن سهل رض يبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهدت في الشرع مبرئاً للمدعى
عليه لا ملزماً كما في سائر الدعاوى ولنا انه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة
في حديث سهل وفي حديث زياد بن مريم وكذا جمع عمر رض بينهما على وادعة
وقوله عم يبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة
عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر
القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة
عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهراً لوجود القتيل بين
اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ ومن
ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحق لذاته تعظيماً لامر الدم
ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل
حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي
ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض
لا باعيانهم والدعوى في العمد او في الخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو
ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه عمداً او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه
اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف رح في
غير رواية الاصول ان في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من
اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه يميناً
واحداً ووجهه ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما
عرف بالنص فيما اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي
القتل عليهم وفيما وراءه بقي على اصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على
واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه
لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس
بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناهما
لاوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا
كان له بينة وان لم يكن له بينة استحلف يميناً واحدة لانه ليس بقسامة
لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى
في المال ثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى

ويستدرك ذلك بعد ذلك ان شاء الله تعالى قال وان لم يكمل اهل المحلة كررت الايمان
عليهم حتى يتم خمسين لما روي ان عمر رض لما قضى بالقسامة وافى اليه تسعة
واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية
وعن شريح والنخعي رح مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها
ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام
امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر اليمين على احدهم
فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال ولا قسامة على صبي
ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول صحيح قال ولا
امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها قال وان وجد
ميت لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من
فاتت حياته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل
العبد والقسامة احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد ان يكون به اثر
يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق
وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منهما الا بفعل
من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم
يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد
بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الرأس في محلة فعلى
اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من
النصف ومعه الرأس او وجد يده او رجله او رأسه فلا شيء عليهم لان
هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما
للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة
ولانا لو اعتبرناه يتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا
يتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري
فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه
القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة في هذا تنسحب على هذا
الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب
فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو

وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق
ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا
قال واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة
لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان
اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال واذا
مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي عليه السلام
اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رض انه لما كتب اليه في القتيل
الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين القريتين فوجد
القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان
بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم
النصرة وقد قصروا قال واذا وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان
الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا يدخل
السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة رح وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف
رح هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى الا يرى
انه عم جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما
ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك
الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم
واما اهل خيبر فالنبي عم اقرهم على املاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج
قال وهو على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف رح الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية
الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا
فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل
والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رح بنى ذلك على
ما شاهد بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا
وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت
اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم وان وجد قتيل في دار
فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا

حضوراً وان كانوا غيباً فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها السكان ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة وان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل وللآخر ما بقي فهو على رؤس الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة ومن اشترى داراً فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له لانه انما انزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفي البيع البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفاً ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى يعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلاً على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا يكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة وان وجد قتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك وغير المالك في ذلك سواء وكذا العجلة وهذا على ما روي عن ابي يوسف ظاهر والفرق لهما

ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانهما لا تنقلان وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذا الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكاً فعند ابي يوسف يجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكاً كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة الملك في السكان وهي مختلف فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف قال وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف احد بالتقصير وهذا اذا لم يكن مملوكاً لاحد اما اذا كان فالدية والقسامة على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وان كان محتبساً بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اخص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو بقرب منه الا يرى انهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها بخلاف النهر الذي تستحق به الشفعة لاختصاص اهله به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم ووجه الفرق قد بيناه من قبل وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديراً لتقصيرهم فلا بد من حفظها

على يد الظالم فلأن أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم
إلا بدعوى الولي فإذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط
لفقد شرطه قال وإذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة
لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم إلا أن يدعي الأولياء على أولئك أو
على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة لأن هذه الدعوى تضمنت براءة
أهل المحلة عن القسامة قال ولا على أولئك حتى يقيموا البينة لأن بمجرد الدعوى
لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه إلا أنه يسقط به الحق عن أهل المحلة لأن
قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الأرض لا ملك
لأحد فيها فإن وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة
وإن كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية اعتبارا لليد عند
انعدام الملك فإن كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا
قسامة ولا دية لأن الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا وإن لم يلقوا عدوا
فعلى ما بيناه وإن كان للأرض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند
أبي حنيفة رح خلافا لأبي يوسف رح وقد ذكرناه قال وإذا قال المستحلف قتله فلان
استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لأنه يريد إسقاط الخصومة
عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار
مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه قال وإذا شهد اثنان من
أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهم وهذا عند أبي حنيفة
وقالا تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية
بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة إذا عزل
قبل الخصومة وله أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا
تقبل شهادتهم وإن خرجوا من جملة الخصوم كالوصي إذا خرج من الوصاية
بعد ما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى الأصلين هذين يتخرج كثير من المسائل
من هذا الجنس قال ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها
عليه لم تقبل الشهادة لأن الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها
عن نفسه فكان متهما وعن أبي يوسف أن الشهود يحلفون بالله ما قتلنا ولا
يزدادون على ذلك لأنهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل قال ومن جرح في قبيلة فنقل

إلى أهله فمات من تلك الجراحة فإن كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة
والدية على القبيلة وهذا قول أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة
لأن الذي حصل في القبيلة والمحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما إذا
لم يكن صاحب فراش وله أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص
فإن كان صاحب فراش أضيف إليه وإن لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح
فلا يلزم بالشك ولو أن رجلا معه جريح به رمق حمله إنسان إلى أهله فمكث يوما أو يومين
ثم مات لم يضمن الذي حمله إلى أهله في قول أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة رح
يضمن لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا
وجهي القولين فيما قبله من مسألة القبيلة قال ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه
فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة وقالا لا شيء فيه لأن الدار في يده حين
وجد الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرا وله أن القسامة إنما تجب بناء على
ظهور القتيل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتيل الدار للورثة
فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلا في دار نفسه لأن حال ظهور قتله
بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كأنه قتل نفسه فيهدر دمه ولو أن رجلين كانا
في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية
وقال محمد لا يضمنه لأنه يحتمل أنه قتل نفسه ويحتمل أن الآخر قتله فلا يضمنه بالشك
ولأبي يوسف رح أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما
إذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة
عليها تكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها في النسب وقال
أبو يوسف القسامة على العاقلة أيضا لأن القسامة إنما تجب على من كان من أهل النصرة
والمرأة ليست من أهلها فأشبهت الصبي ولهما أن القسامة لنفي التهمة وتهمة
القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون رح إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل
في هذه المسألة لأنا أنزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيل
في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها قال هو على صاحب الأرض
لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية

كتاب المعاقل

قال المعاقل جمع معقلة وهي
الدية وتسمى الدية عقلا لأنها تعقل الدماء من أن تسفك أي تمسك قال والدية
في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل فهو على العاقلة والعاقلة الذين

يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرنا في الديات والاصل في
وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه
ولان النفس محترمة فلا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى
شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه
واستيصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا
بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وذلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين
في تركهم مراقبته فخصوا به قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل
الديوان يؤخذ من عطاياهم في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم
الجيش الذين كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي رح الدية
على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده
ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رض فانه لما دون الدواوين
جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة رض من غير نكير
منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة
وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفي عهد عمر رض
قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم
قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية
صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم
والتقدير بثلث سنين مروي عن النبي عم ومحكي عن عمر رض ولان الاخذ
من العطايا للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة قال فان خرجت
العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت
العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل
القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما بينا
ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ منها
كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة واذا
كان الواجب بالقتل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على
الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في
السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب

الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رح ما وجب على القاتل في ماله
فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا
ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ
فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس
وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل
والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور ومن
لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل
وتقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص
منها قال رض كذا ذكره القدوري رح في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على
اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رح على انه لا يؤخذ من كل واحد من جميع الدية في ثلث
سنين الا ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم و
ثلث درهم وهو الاصح وان لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل
معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات
الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الآباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل
لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة
وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات
اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر
الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند
الشافعي رح يجب على كل واحد نصف دينار فيستوي بين الكل لانه صلة فيعتبره
بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط
رتبة منها الا ترى انها لا تؤخذ من اصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف
ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضي بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين
في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما
صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكلما يخرج رزق يؤخذ
منه الثلث بمنزلة العطايا وان كان يخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء
يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته
من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء

بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق
في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه
ايسر اما لان الاعطية اكثر ولان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه
والاعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم قال وادخل
القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه
ومؤاخذة غيره وقال الشافعي رح لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء
بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك
ايجاب الجزء ولو كان الخاطي معذورا فالبريء عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة
وزر اخرى قال وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رض
لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امراة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم
مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو
خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امراة لا شيء
عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار انه
احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة
لا للنصرة كفرض ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهن قال ولا يعقل اهل
مصر عن اهل مصر آخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر
بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه
من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر
فانهم اذا حزبهم امر استنصروا بهم فيعقلونهم اهل المصر باعتبار معنى
القرب في النصرة ومن كان له منزل بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة
لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل ان الاستنصار بالديوان اظهر
فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد
الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل
المعاقل قال ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية
اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط
ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يذبون
عن اهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر

ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تأويله اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة
اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر وهذا لان الوجوب بحكم القرابة
واهل المصر اقرب منها مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم فصارت نظير
مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له لا يعقله
اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية
لا يعقلون عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم وان كان لاهل الذمة
عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة
المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الاضرار
ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله
في ثلث سنين من يوم يقضي بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب على
القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة
تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضي بالدية عليه في ماله لان
اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر
عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت
مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرا
اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا
عن ابي يوسف لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء
فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل
البصرة وقال زفر رح يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف
لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا تحول
بعد القضاء ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل
وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا كان
كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب
قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه
بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة
بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال
حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه

تقديرهم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له
عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على اهل البصرة
ولو كان قضى بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان
بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته
بالبادية لم يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضى بالدية
عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في
اعطياتهم وان كان قضى بها اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء
الاول لانه قضى بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تقضى من ايسر
الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن
مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ
لا تتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال
العطاء لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ويؤيد ذلك
قوله عم مولى القوم منهم قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر
به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رح وقد مر في كتاب الولاء قال ولا تعقل
العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث
ابن عباس رض موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا
ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس
ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير
الفاصل عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية
بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه بعض او التسوية في ان
لا يجب على العاقلة شيء الا انا تركناه بما رويناه وبما روي انه عم اوجب ارش الجنين
على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات وما دونه يسلك به مسلك
الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا
بالقياس قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني
لما رويناه ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية
عنهم الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية
على انفسهم ومن اقر بقتل خطاء ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضى عليه

عليه بالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضي لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت
بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي
بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على
العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما
تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون
له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق
العاقلة مقر عليهم قال واذا جنى الحر على العبد فقتله خطاء كان على عاقلته قيمته
لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل المال
عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة
لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوليه تتحمله العاقلة كما في الحر
فقد مر من قبل قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان
جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا لو مات
كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة
رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف
والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر واذا لم تكن له عاقلة
عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب
فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث
سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة
عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان
بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب
فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد
حر فلم تؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لان عند
الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو اخر جزء من اجزاء حيوته
فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا
بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الامر ان
كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين من
يوم يقضي بها القاضي على الامر او على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة

بطريق التيسير قال رضي الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرنا تخريجها متفرقة والأصل
الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل إذا تبدلت حكماً فانتقل ولاؤه إلى ولاء بسبب
حادث لم ينتقل جنايته عن الأولى قضي بها أو لم يقض وإن ظهرت حالة خفية
مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع ولو
لم تختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء
فإن كان قضي بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية وإن لم يكن قضي بها على الأولى
فإنه يقضي بها على الثانية وإن كانت العاقلة واحدة فلحقتها زيادة أو نقصان
اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده إلا فيما سبق أداؤه فمن أحكم بهذا
الأصل يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والأضداد

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعاً عنها

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأبى
جوازها لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال مالكيته ولو أضيف إلى حال قيامها
بأن قيل ملكتك غداً كان باطلاً فهذا أولى إلا أنا استحسناه لحاجة الناس
إليها فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله فإذا عرض له المرض وخاف
البيات يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه
يتحقق مقصده المآلي ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالي وفي شرع
الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الإجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت
باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى
من بعد وصية يوصي بها أو دين والسنة وهو قوله عليه السلام إن الله تعالى تصدق
عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم
أو قال حيث أحببتم وعليه إجماع الأمة ثم تصح للأجنبي في الثلث من غير إجازة
الورثة لما بيناه وسنبين ما هو الأفضل فيه إن شاء الله تعالى قال ولا يجوز بما زاد على
الثلث لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير
بعدما نفى وصيته بالكل والنصف ولأنه حق الورثة وهذا لأنه انعقد سبب الزوال
إليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به إلا أن الشرع لم يظهره
في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه وأظهره في حق
الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزاً عما يتفق من الإيثار على ما

ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسروه بالزيادة
على الثلث وبالوصية للوارث قال إلا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار
لأن الامتناع لحقهم وهم أسقطوه ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته لأنه قبل
ثبوت الحق إذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد
الموت لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه لأن الساقط متلاش غاية
الأمر أنه يستند عند الاستغناء ولكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى
وتلاشى ولأن الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من
كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة
وكذلك إن كانت الوصية للوارث وأجازت البقية فحكمه ما ذكرناه وكل ما جاز
بإجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث
والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي والإجازة رفع المانع وليس من شرطه
القبض وصار كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن قال ولا تجوز للقاتل عامداً كان
أو خاطئاً بعد أن كان مباشراً لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولأنه استعجل ما أخره
الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي رحمه الله يجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف إذا
أوصى لرجل ثم إنه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه
في الفصلين ما قلناه ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف
لا تجوز لأن جنايته باقية والامتناع لأجلها ولهما أن الامتناع لحق الورثة لأن
نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث ولأنهم لا يرضونها للقاتل كما
لا يرضونها لأحدهم قال ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام إن الله تعالى أعطى كل ذي حق
حقه ألا لا وصية للوارث ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض ففي تجويزه قطيعة
الرحم ولأنه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثاً أو غير وارث وقت
الموت لا وقت الوصية لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت
والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لأنها وصية حكماً حتى تنفذ
من الثلث وإقرار المريض للوارث على عكسه لأنه تصرف في الحال فيعتبر ذلك
وقت الإقرار قال إلا أن يجيزها الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولأن
الامتناع لحقهم فتجوز بإجازتهم ولو أجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز
بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد قال ويجوز أن يوصي المسلم للكافر

والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال حيوته او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمها بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقر والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيخير بين الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة خلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع

المشروع لحاجته اليها قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم ينفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصية وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة لا يصح وعندهما يصح ردا لها الى المكاتب بقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك فيها معروف عرف في موضعه قال ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكن يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت

والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار بهذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رح وقال ابو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا ولمحمد رح ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا او لان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى

انما يبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلث المال

ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقيهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهما والاكثر سهمين فصار ثلاثة اسهم سهم لصاحب الاقل وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة اسهم عندهما وقال ابو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فيبطل اصلا والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال واذا اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رح يجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال والكل ملكه فيه وجوابه ما قلناه قال ومن اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان يجيز

الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل
متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم
اجازة الورثة ولان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رض وقد رفعه
الى النبي عليه السلام فيما يروى ثم لا يزيد ويراد به السدس فان اياسا قال السهم في
اللغة عبارة عن السدس ثم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا
هذا كان في عرفهم اما في عرفنا السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه
ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية
والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال
في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل
السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي
لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت
يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث
غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال
زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه
على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا
ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على
القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم
بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال ولو اوصى بثلث ثيابه
فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب
قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة
الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة ولو
اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة
وقيل هذا على قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول
الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول اشبه
للفقه المذكور قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من
ثلث العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه
وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين اخذ ثلثه حتى يستوفي

يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس في حق
الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير
مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله
فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي
هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف رح انه اذا لم يعلم بموته فله نصف
الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا
علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي
بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضيته هذا اللفظ ان
يكون لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا يرى ان من قال ثلث مالي لفلان
وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال
ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت
لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط
وجود المال عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له
بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا
انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواتها
عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت
بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر
قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما اضافه
الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو
اوصى بشاة ولم يضفها الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال
وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه
شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه
لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف
ما اذا اضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى بثلث ماله
لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم
قال رض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعن محمد انه يقسم على سبعة اسهم لهن
ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء

والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة وعند محمد رح ان المذكور لفظ الجمع وادناه
في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان واثنا الاولاد
ثلث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه
يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق
واحد فبلغ الحساب خمسة قال ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان
ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد رح ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى
للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء
على ما بيناه قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك
معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما
قلنا لاتحاد المال لان نصيب كل واحد منهما مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربع
مائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت
المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان
قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق
الى الثلث وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان
صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي
لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم
ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد
يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته
فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان و
ادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على
الثلث دون الزيادة قال فان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب
الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا
مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان
احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد خصاما
وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل
واحد فيما في يده من غير منازعة فاذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه
فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق

وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا
شائعا في النصيبين فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي
ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم
اذا ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال
ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لانه
اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى
لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث
من اهلها ولهذا يصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي
وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي
لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فيصح في حق من يستحقه منهما
اما الاقرار اخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته
بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث
فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك
القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي
الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال ومن كان له ثلاثة
اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى ايها
هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد
بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة
القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان
سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الوسط
ثلث الجيد وثلث الادون ولصاحب الرديء ثلثا الثوب الادون لان صاحب
الجيد لا حق له في الرديء بيقين لانه اما ان يكون وسطا او رديا ولا حق له فيهما
وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا
ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الرديء هو الرديء الاصلي فيعطى من محل الاحتمال
واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين
حق صاحب الوسط فيه ضرورة قال واذا كانت الدار بين رجلين فاوصى احدهما
ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له

عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع في نصيب
الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد
مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة
فينفذ الاول ويتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة
لا ينفذ الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها
ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت
وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى
به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا
بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام
على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة
لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك ينتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة
لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في
نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود
الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير
كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر ينفذ في قدر ذرعان جميعه
مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه او لان مراد الموصي من ذكر البيت التقدير
به تحصيلا للمقصود ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين
الجهتين التقدير والتمليك وان وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير او لانه اراد
التقدير على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما
اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق
مطلق الولد وفي العتق ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار
مائة ذراع والبيت عشرة اذرع يقسم نصيبه بين الموصى له والورثة على عشرة
اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد رح فيضرب الموصى له
بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون
فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان
الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين فيصير السهام احد عشر سهما
للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل

وقيل لا خلاف فيه لمحمد رح والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من
اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح
حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال ومن اوصى من مال
رجل لآخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز
وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا
منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجاز
الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة
فاذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصي قال واذا اقتسم الابنان تركة
الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه
ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر
لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف
ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شائع في التركة وهو في ايديهما فيكون
مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على
الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم
له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن
الآخر به ايضا فياخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث قال
ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث
فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام
فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على حكم ملك الميت حتى يقضى بها ديونه
دخل في الوصية فيكونان للموصى له فان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما
يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رح وفي قوله ياخذ ذلك من الام فان فضل
شيء اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم
وامة تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة
درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عندهما وعنده له ثلثا كل واحد منهما
لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال
كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان
الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا

ينتقض الوصية في بعض الحال وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا بهذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

فصل في اعتبار حالة الوصية

واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانه ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه لكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارية حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره قال وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته جائزة من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عند ما اصابه ذلك ومات من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت

باب العتق في المرض

قال ومن اعتق عبده في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة به وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الاضافة دون حال العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حال العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال فان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق متقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة نصفين وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة وان كانت وصية بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك شيء منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية

بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج ولنا ان وصية بالعتق
لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز
بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا
اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع اليه الباقي وقيل هذه المسألة بناء على اصل آخر
مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عنده حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى
فلم يتبدل المستحق وعندهما حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف
المستحق وهذا اشبه قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة درهم وقد كان
اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان
كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع
لحقهم وقد اسقطوه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها
بطلت الوصية لان الدفع قد صح لان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا
على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع
فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه
الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد
طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله لآخر
فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه
في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له
الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له
يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية
ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية
والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا فالقول للمنكر
مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن
بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين قال الا ان
يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحم له او تقوم له البينة ان العتق
في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات
حقه قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على
ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا

يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق
الوارث في كلام واحد فصارا كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية
وان كان على المعتق دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار
بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان
يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية
ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد
العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية
وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم
دين وقال آخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما
سواء **فصل** ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها
الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر
منه البداية بما هو الاهم وان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق الثلث
عنها لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها
على الحج وهو احد الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية عنه تقدم الحج وهو قول محمد
وجه الاولى انهما وان استويا في صفة الفرضية فالزكوة تتعلق بها حق العبد فكان اولى
وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى
ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد
ما لم يات في الكفارة والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر
لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على
الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض
الواجبات على البعض قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار
كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد
فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل
الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضاء الله تعالى فكل واحدة في
نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين قال ومن اوصى بحجة
الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا
يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال

لكن الآمر لا يلزمه أن يحج ماشيا فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه قال فإن
لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لأنه أمر بالحجة
على صفة عدمناها فيه غير أنا جوزناه لأنا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية
فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو أولى من إبطالها رأسا وقد فرقنا
بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق
وأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحج عنه من حيث
بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما أن السفر
بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله تعالى
فيبتدأ من ذلك المكان كأنه من أهله بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قربة فيحج
عنه من بلده وله أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب
على الوجه الذي وجب

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قال ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون
عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم
مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله رحمه الله قياس لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة
ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص
الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد
تأيد بقوله عليه السلام لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولأن
المقصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره إلا أنه لا بد من الاختلاط
وذلك عند اتحاد المسجد وما قال الشافعي الجوار إلى أربعين دارا بعيد وما يروى
فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمي لأن اسم
الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لإطلاقه ولا يدخل عندهما لأن الوصية
له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال ومن أوصى لأصهاره فالوصية لكل ذي رحم
محرم من امرأته لما روي أنه عليه السلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك منها ذي رحم محرم
منها إكراما لها وكانوا يسمون أصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد
وأبي عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي
رحم محرم منه لأن الكل أصهار ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدته من طلاق
رجعي فالصهر يستحق الوصية وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لأن بقاء
الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط وقت الموت قال ومن أوصى لأختانه فالوصية

لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الأزواج لأن الكل يسمى ختنا قيل
هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ويستوي في ذلك الحر والعبد
والأقرب والأبعد لأن اللفظ يتناول الكل قال ومن أوصى لأقاربه فهي للأقرب فالأقرب
من كل ذي رحم محرم منه لأن الكل يسمى قريبا ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون
للاثنين فصاعدا وهذا عند أبي حنيفة وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب
إلى أقصى أب له في الإسلام وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام وإن لم يسلم
على حسب اختلاف المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه
أدرك الإسلام ولم يسلم لهما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت
به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث
يعتبر الأقرب فالأقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصد
من هذه الوصية تلافي ما فرط في إقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم
المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فإنهم لا يسمون أقرباء ومن سمى والده قريبا
كان منه عقوقا وهذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة
غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد
الإجماع على تركه فعنده رحمه الله يتقيد بما ذكرناه وعندهما بأقصى أب في الإسلام وعند
الشافعي بالأب الأدنى قال وإذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية
لعميه عند أبي حنيفة رحمه الله اعتبارا للأقرب كما في الإرث وعندهما بينهم أرباعا إذ هما
لا يعتبران الأقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين
لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما إذا
أوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لأن اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها
إذ هو الأقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا ولو ترك عما وعمة
وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى
والعمة وإن لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا أو كافرا
وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو لأقربائه أو لأنسبائه في جميع ما ذكرنا لأن كل ذلك
لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لأنها مقيدة بهذا الوصف قال ومن
أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة وقالا يتناول كل من يعولهم
وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتوني بأهلكم

اجمعين ولان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله
ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو
لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه
ابوه وجده لان الاب اهل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن
ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان
يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الاب والام ولو اوصى لايتام بني فلان
او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية
فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية
تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة
وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على
الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان
وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن
صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف
اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى
الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث
في قول ابي حنيفة رح اول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع
وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز
والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول
الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا
يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم
الذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى
لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة
آذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال
اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه ان الوصية
لهم جميعا وذكر في مواضع اخر انه توقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم
لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما
يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في

في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى
والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة
والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت
والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف رح انهم
يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك
فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه وان كان له موال واولاد
الموالي وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن
ابي يوسف رح انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء
ومحمد رح يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق
لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة
بخلاف موالي اولاده لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه بخلاف ما اذا لم يكن
له موالي ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار
الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة
لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي اعتقهم ابنه او ابوه لانهم
ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق
البعض لانه ينسب اليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال وتجوز الوصية
بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة ويجوز بذلك ابدا لان المنافع يصح
تمليكها في حالة الحياة ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان
ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي
الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز مؤقتا ومؤبدا كما في
العارية فانها تمليك المنافع على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث
وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا تبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل
المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه
ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم
الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية
في العين ولا تمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزأ فصرنا الى المهاياة ايفاء
للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كان لا يخرج من الثلث حيث تقسم عين

الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية
بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة
من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول هو الاعدل اولى وليس
للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف رح ان لهم ذلك لانه خالص
ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر
وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع
يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه قال فان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي
اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له
استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات
الموصى له في حيوة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه
من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز
ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة
دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما
متغايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة
بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها
وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يواجر العبد او الدار وقال الشافعي رح
له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وغير بدل لانها
كالاعيان عنده بخلاف العارية لانه اباحة على اصلنا وليس بتمليك ولنا ان الوصية
تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها
تمليك بغير بدل في حال الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك
ببدل كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك
الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع
لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وضعه غير
لازم ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية
فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن تملكها
تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي
تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما

تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون
الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هناك اذا كان يخرج من الثلث
لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده
ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده
ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه
بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم
او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة
لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء ولو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة
ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف رح فانه يقول
الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذا للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة
تبتني على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار وانما
حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى بخدمة عبده ولآخر برقبته
وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل
واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد
ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا
للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية
اخت الميراث من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد الموت ولهما نظائر وهو ما اذا
اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولآخر
بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا
شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين
عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف رح وعلى قول محمد رح الامة للموصى له بها والولد
بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لابي يوسف رح ان بايجابه في الكلام الثاني تبين
ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه
صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حيوة الموصي فكان
البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الخدمة والرقبة ولمحمد رح ان
اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم
القوصرة كذلك وهذا اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة

بمنزلة الخاتم فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بإيجاب على حدة
فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون إيجاب الوصية فيه للثاني رجوعا عن الأول
كما لو أوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لأن اسم الرقبة لا يتناول
الخدمة وإنما يستحقها الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه فإذا أوجب الخدمة
لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا لأن ذلك دليل
التخصيص والاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص
ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وإن
قال له ثمرة بستاني أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وإن أوصى
له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق أن الثمرة اسم للموجود
عرفا فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد لأنه
لا يتأبد إلا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئا أما الغلة تنتظم
الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة
بستانه ومن غلة أرضه وداره فإذا أطلقت تتناولهما غير موقوف على دلالة
أخرى أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف
إلى الدليل الزائد ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو بلبنها
ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف
يوم يموت الموصي سواء قال أبدا أو لم يقل لأنه إيجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه
الأشياء يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق أن القياس يأبى تمليك المعدوم لأنه
لا يقبل الملك إلا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها
كالمعاملة والإجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الأولى لأن بابها
أوسع أما الولد المعدوم وأختاه لا يجوز إيراد العقد عليها أصلا فلا يستحق بعقد
ما فكذا لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاقها بعقد
البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية **باب وصية الذمي** وإذا صنع
يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لأن هذا بمنزلة
الوقف عند أبي حنيفة رح والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذلك هذا وأما عندهما
فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث
معناه إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث لأن الوصية

فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على
اعتبار المعنيين وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية
عند أبي حنيفة وقالا الوصية باطلة لأن هذه معصية حقيقة وإن كان في معتقدهم
قربة والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية وله أن هذه قربة
في معتقدهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون فيجوز بناء على اعتقادهم ألا
يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا
لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لأبي حنيفة رح بين بناء البيعة والكنيسة وبين
الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وإنما يزول ملكه بأن يصير
محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فيبقى
ملكا للباني فيورث عنه ولأنهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرز لتعلق حق
العباد وفي هذه الصورة يورث للباني أيضا لعدم تحرزه بخلاف الوصية لأنه وضع
لإزالة الملك إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة
على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل أن وصايا الذمي على أربعة أقسام منها
أن يكون قربة في معتقدهم ولا يكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وما إذا أوصى
الذمي بأن يذبح خنازيره ويطعم المشركون وهذا على الخلاف إذا كان لقوم غير
مسمين كما ذكرناه والوجه بيناه ومنها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا ولا
يكون قربة في معتقدهم كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبني مسجدا للمسلمين أو بأن يسرج
في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالإجماع اعتبارا لاعتقادهم إلا إذا
كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكا لأنهم معلومون والجهة مشورة ومنها إذا
أوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو
يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كانت لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم
لأنه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم أيضا ومنها إذا أوصى بما لا يكون
قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات فإن هذا غير جائز
لأنه معصية في حقنا وفي حقهم إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا
وصاحب الهوى إذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لأنا أمرنا ببناء
الأحكام على الظاهر وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في
تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه رح وفي المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها

تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال واذا دخل الحربي دارنا بامان
فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة
ولهذا ينفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات
في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى
باقل من ذلك اخذت الوصية ورد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن ايضا ولو
اعتق عبده عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث
لما بينا وكذا لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات
بمنزلة الذمي ولهذا يصح عقود التمليكات منه في حال حيوته ويصح تبرعه في حيوته فكذا
بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع
ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من
الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام
فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة
ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية
اخته

باب الوصي وما يملكه

ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي ورده
في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه
في حيوته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير
عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر
على التصرف بنفسه قال وان رده في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف
ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار
ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع
شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت
وينفذ البيع لصدوره من الوصي سواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم
بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت
فينتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل فاثبات
لنبوة في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كاثبات الملك بالبيع والشرى وقد
بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب قال وان لم يقبل حتى مات الموصي
فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل لان

لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي
في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن
الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه لان للقاضي ولاية دفع الضرر عنه وربما
يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب
حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه
فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال
القاضي قال ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية ونصب
غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد
في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل
وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه
ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج
ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر
في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها
والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق
بالخيانة فيخرجه القاضي عن الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط
في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه
وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية
لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق
الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي
حنيفة رح وعندهما لا يجوز وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة
مع ابي حنيفة وتارة مع ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق
ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية
الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا
نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس
لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة
وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى
على ما هو المروي عن ابي حنيفة او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى ابطال اصله

في تغيير الوصف بتصحيح الأصل أولى (ومن عجز عن القيام بالوصية ضم إليه
القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لأن تكميل النظر يحصل
بضم الآخر إليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر بإعانة غيره ولو شكى
إليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لأن الشاكي قد يكون كاذبا
تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي عجزه أصلا استبدل به رعاية للنظر
من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف وأمينا فيه فليس للقاضي أن يخرجه لأنه
لو اختار غيره كان دونه لما أنه مختار الميت ومرضيه فإبقاؤه أولى ولهذا
قدم على أب الميت مع وفور شفقته فأولى أن يقدم على غيره وكذا إذا شكى الورثة
أو بعضهم الوصي إلى القاضي فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة لأنه
استفاد الولاية من الميت غير أنه إذا ظهرت الخيانة فالميت إنما نصبه وصيا
لأمانته وقد فاتت ولو كان في الأحياء لأخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي
منابه كأنه لا وصي له (ومن أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند
أبي حنيفة ومحمد رح دون صاحبه إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى وقال
أبو يوسف رح ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء) لأن الوصاية
سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت لكل منهما كملا كولاية الإنكاح
للأخوين وهذا لأن الوصاية خلافة وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على
الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولأن اختيار الأب إياهما
يؤذن باختصاص كل واحد بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما
ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع
إذ هو شرط مفيد وما رضي الموصي إلا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الأخوين
في الإنكاح لأن السبب هناك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولأن الإنكاح حق
مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بإنكاحها من كفء يخطبها يجب عليه وههنا
حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف ففي الأول أوفى حقا على صاحبه
فصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي عليهما ولهما
بخلاف الأشياء المعدودة لأنها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة
مستثناة أبدا وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها فقال إلا في شراء الكفن
وتجهيزه لأن في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران وكذا الرفقاء في السفر

وكذا الأم عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لأنه يخاف موتهم جوعا وعريا
ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الأموال
وقضاء الديون لأنها ليست من باب الولاية فإنه يملكه المالك وصاحب الدين إذا ظفر
بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الإعانة ولأنه لا يحتاج
فيه إلى الرأي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي والخصومة
في حقوق الميت لأن الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين وقبول
الهبة لأن في التأخير خيفة الفوات ولأنه تملكه الأم والذي في حجره فلم يكن من باب
الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لأن فيه ضرورة لا تخفى وجمع الأموال الضائعة
لأن في التأخير خشية الفوات ولأنه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية
قال في الجامع الصغير وليس لأحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى والمراد بالتقاضي
الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لأنه رضي بأمانتهما جميعا في القبض
ولأنه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية
ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة
الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لأنه لما أفرد فقد رضي برأي الواحد
وقيل الخلاف في الفصلين واحد لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين
لأن الوكالة تتعاقب فإن مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر أما
عندهما فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي إليه وصيا آخر
نظرا للميت عند عجزه وعند أبي يوسف رح الحي منهما وإن كان يقدر على التصرف
فالموصي قصد أن يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي
آخر مكان الميت ولو أن الميت منهما أوصى إلى الحي فللحي أن يتصرف وحده في
ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصي
آخر لأن رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن أبي حنيفة رح أنه لا ينفرد بالتصرف
لأن الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره لأنه ينفذ تصرفه
برأي المثنى كما رضيه المتوفى وإذا مات الوصي فأوصى إلى آخر فهو وصي في تركته
وتركة الميت الأول عندنا وقال الشافعي رح لا يكون وصيا في تركة الميت الأول اعتبارا
بالتوكيل في حالة الحيوة والجامع بينهما أنه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا أن الوصي
يتصرف بولاية منتقلة إليه فيملك الإيصاء إلى غيره كالجد ألا ترى أن الولاية التي

كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قائم مقام
الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية
وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما
استعان به في ذلك مع علمه انه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي
ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل
مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال ومقاسمة الوصي الموصى له
عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة
الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة
الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى
لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس
بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه
ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك
ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي
لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة
قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من
المال على الشركة ويبقى ما يبقى على الشركة قال فان قاسم الورثة واخذ نصيب
الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا قال وان كان اوصى بحجة
فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل
ليحج عنه فضاع في يده وقال ابو يوسف ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء
والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز
الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه
الذي قام مقامه ولابي يوسف ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا
لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة رح ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها
وهو تادية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي
ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه
لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي
فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى

له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما
في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى
لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال واذا باع الوصي عبدا
من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا
بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام
مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها
الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء اما هنا بخلافه
قال ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض
الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة
عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم
فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال ويرجع فيما ترك الميت
لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة يقول اولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه
ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع
بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور
وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع
حيث لا يرجع عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه
الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فيتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول
ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت التركة قد هلكت
او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر قال وان قسم الوصي
الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد
رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض
القسمة باستحقاق ما اصابه قال واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم
جاز وهو ان يكون املى اذ الولاية نظرية وان كان الاول املى لا يجوز لان فيه
تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن
الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه
ففي اعتباره انسداد بابه والصبي الماذون والعبد الماذون والمكاتب يجوز بيعهم
وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رح لانهم يتصرفون بحكم المالكية

والاذن فكذلك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد
بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالاحتشاش تبرع لا ضرورة
فيه وهم ليسوا من اهله قال واذا كتب كتاب الشراء على حدة وكتاب الوصية على حدة
لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى ان يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل
فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب
من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس به لان الوصاية تعلم ظاهرا قال
وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه
ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي بيع غير العقار ايضا
لانه لا يملكه الاب على الكبير الا انا استحسناه لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه
وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه قال ولا يتجر
في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ووصي
الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي
الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون
ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم قال والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال
الشافعي رحمه الله الجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث
فيتقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة
معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل
على ان تصرفه انظر لبنيه من تصرف ابيه قال فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه
اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصي غير انه يتقدم وصي
الاب في التصرف لما بينا

فصل في الشهادة قال واذا شهد الوصيان ان الميت
اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما
الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو القياس كالاول لما بينا من التهمة
وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضاه بدون
شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي
وكذلك الابنان معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجران
الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير
بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف

التصرف لانفسهما في المشهود به قال وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم تجز
وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا شهدا لوارث
كبير تجوز في الوجهين لانه لا تثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة
كبارا فعريت عن التهمة وله انه تثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند
غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية
وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال واذا شهد رجلان
لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين بدين الف درهم
جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق للآخرين بوصية الف درهم لم تجز
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا تقبل في الدين ايضا وابو حنيفة
فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد رحمه الله وجه القبول ان الدين
يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين
احدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ
الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر
فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حيوة
المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة قال ولو شهدا انه
اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين
بعبده جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى
لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله
فالشهادة باطلة وكذلك اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين
بعبده وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة
في هذه الصورة مثبتة للشركة

كتاب الخنثى

فصل في بيانه قال واذا كان
للمولود فرج وذكر فهو خنثى وان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول
من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث
يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي
الصحيح والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى
انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي ح
وقالا ينسب الى اكثرهما لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا لان

لان الكثرة لا حكم لها في اصول الشرع فيترجح بالكثرة وكذا ان كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كانا يخرجان منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المراة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امراة لان هذه من علامات النساء فان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه قال الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امراة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي عن يمينه والذي عن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امراة قال واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امراة ويجلس في صلوته جلوس المراة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امراة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امراة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه وتبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امراة ويكره ان يختنه رجل لانه عسى انثى او تختنه امراة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له مال ابتاع الامام له من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حيوته لبس الحرير والحلي وان ينكشف قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امراة وان يسافر من غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف رح لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رح يلبس لباس المراة لان ترك لبس المخيط وهو امراة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ وان

وان حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين اذ ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او قال انا امراة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى تخالف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امراة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى عن احتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امراة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا يضره واذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامراة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمراة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال انه امراة ويقدم على المراة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امراة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امراة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش المراة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زاد على الثلث ولا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما اثلاثا عند ابي حنيفة رح للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي رح واختلفا في قياس قوله قال محمد رح المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب باربعة وذلك يضرب بثلثة فيكون سبعة ولمحمد رح ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد ثلثة وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في

السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فاضعف ليزول
الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة رح ان
الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد
عليه شك فاثبتنا المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا
كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن به كذا هذا الا ان
يكون نصيب الاقل لو قدرناه ذكرا فالخنثى يعطى نصيب الابن في تلك الصورة
لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام وهي خنثى
او امرأة واخوين لام واختا لاب وام وهي خنثى فعندنا في الاولى للزوج النصف
وللام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين وفي الثانية للمرأة الربع
وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما

مسائل شتى

قال واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له نشهد عليك بما في الكتاب
فاومى برأسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز
ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رح يجوز في الوجهين لان المجوز انما
هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش
من الاهلي في حق الذكوة والفرق لاصحابنا رح ان الاشارة انما تعتبر اذا
صارت معهودة معلومة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك
وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله
حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارضي
على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقايسان وفي الآبدة عرفناه بالنص قال
واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه و
بيعه وشراؤه ويقتص له ومنه ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن نأى
بمنزلة الخطاب ممن دنا الا يرى ان النبي عم ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة
وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب هو العجز وهو في الاخرس
اظهر والزم ثم الكتابة على ثلث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق
في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار
واوراق الاشجار وينوي فيه لانه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية
وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا

فلا يثبت به الحكم واما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق الاحكام
للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت
بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها خالص
حق الله تع ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد
للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط
ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا يرى
انهم لو شهدوا بالوطء الحرام او اقر بالوطء الحرام لا يحد ولو شهدوا بالقتل
المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد التعمد وهذا لان القصاص
فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات
التي هي حق العبد اما الحدود الخالصة لله تع شرعت زواجر وليس فيها معنى
العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب
من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان يكون الجواب ههنا كذلك فيكون
فيهما روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكنه الوصول الى النطق الكي
في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة
المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة
بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا رح انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة
لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب وانما
استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في
الاشارة وفي الاشارة زيادة امر لم يوجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق
من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين لعارض لما بينا في
المعتقل لسانه ان آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال واذا كانت
الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت
الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في
حالة الضرورة يحل التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة
الضرورة فالذي يحتمل ان يكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله
الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي رح لا يجوز الاكل في حالة
الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه

من غير ضرورة ولا ضرورة لأن الحالة حالة الاختيار ولنا أن الغلبة
تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة ألا يرى أن أسواق المسلمين لا تخلو
عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على
الغالب وهذا لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه
فيسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما إذا
كانا نصفين أو كانت الميتة أغلب لأنه لا ضرورة فيه والله أعلم بالصواب
وإليه المرجع والمآب

لقد أنعم الله تعالى العلي الوفي على أضعف العباد وأحوجهم إلى الملك الغني
عثمان ابن الحاج خسرو التراني بإكمال هذه النسخة الشريفة المشحونة
من جواهر المسائل المملوءة من درر نتائج العقول والدلائل وقد كل لسان
العاجزين عن مدح هذا الكتاب الكامل وإن كان المادح هو العالم العامل الكامل الفاضل
فكيف من له فتور في الفصاحة والفتوة وقصور في البضاعة والقوة وأسأل ربي أن
يعصمني عن الخطأ والزلل في كل قول وعمل الواقع في أوائل
ربيع الأول في سنة ثمان وثلثين وألف بعد
الهجرة من له العز والشرف الأكرم
بارك لنا بهذا ولمن طالعه
من الطالبين آمين يا رب
العالمين
تم